Das

Land- und Marschrecht.

Das

Land- und Marsch-Recht

dargestellt

von

W. A. von Fischer-Benzon,

Königl. Polizeimeister z. D. in Hamburg, vorm. Landschreiber der Cremper-Marsch.

I. Abtheilung: **Die Intestat-Erbfolge.**

II. Abtheilung: **Das eheliche Güterrecht, die fortgesetzte Gütergemeinschaft, die Ausweisung und Abtheilung, sowie die Rechte der Eltern an dem Sondergute der Kinder.**

Kiel.

K. von Wechmar, Verlagsbuchhandlung.

1874.

Druck von Oskar Leiner in Leipzig.

Vorwort.

Die vorhandenen, vom Land- und Marschrecht handelnden Schriften beschäftigen sich vorzugsweise mit der Erörterung der wichtigeren, die Intestaterbfolge betreffenden Fragen, während sie die sonst in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse theils ganz übergehen, theils nur kurze Andeutungen über die selbige betreffenden Normen enthalten.

Und doch waren eben diese Schriften, trotz ihrer Unvollständigkeit, und obwohl sie, aus dem Buchhandel verschwunden, nicht einmal Jedem zugänglich waren, bisher die einzigste Quelle der Belehrung für alle die, denen nicht amtliche Stellung und Beruf Gelegenheit gaben, sich eine genauere Kunde der land- und marschrechtlichen Grundsätze auf dem Wege der Erfahrung zu verschaffen.

Eine vollständige Bearbeitung des Land- und Marschrechts war daher ein längst gefühltes Bedürfniß, welchem abzuhelfen, diese Schrift bestimmt ist.

Erfüllt sie, wie ich hoffe, diese ihre Bestimmung, so wird sie für diejenigen, welche sich für die Kunde des Land- und Marschrechts interessiren, eine zugänglichere und ergiebigere Quelle der Information werden, für fernere Forschungen eine festere Grundlage bilden, und, wie zur Fortentwickelung des Rechts und Ausgleichung localer Verschiedenheiten führen, so auch dazu beitragen, daß für die Rechtssprechung eine sichere Basis gewonnen werde.

Diesem kurzen Worte füge ich die Bitte hinzu, meine Arbeit nachsichtsvoll beurtheilen und nicht unberücksichtigt lassen zu wollen, daß öftere durch Berufsgeschäfte veranlaßte Unterbrechungen in der Ausführung nicht ohne Einfluß auf die Darstellung haben bleiben können.

Zum Schlusse sage ich Allen, welche mein Unternehmen freundlichst unterstützt haben, meinen verbindlichsten Dank.

Crempe, den 4. Februar 1866.

W. A. v. Fischer-Benzon.

Inhalt.

Einleitung.

Von dem Land- und Marschrecht im Allgemeinen.

§ 1.

Begriff desselben.

Die Cremper- und Wilster-Marschdistricte, bemerkt Schrader:

Lehrbuch der Schl. Holst. Landesrechte,

Theil I, § 44, S. 147,

nehmen, außer dem daselbst geltenden gemeinen Sachsenrechte, noch eine Reihe bisher unbeschriebener Gewohnheitsrechte an, die sich besonders in Erbschaften, bei Theilungen der Güter, Landtheilungen, so wie in Betracht der Gültigkeit der Gemeindebeschlüsse, oder der s. g. Achten u. s. w. äußern; er befaßt mithin unter „Land- und Marschrecht" auch die die Einrichtung des Communalwesens betreffenden Gewohnheiten.

Falck bezeichnet das Land- und Marschrecht als den Inbegriff von Gewohnheiten, die sich durch Gebrauch und Tradition in dem Amte Steinburg und einigen benachbarten Districten erhalten haben,

Schl. Holst. Privatr. Bd. I. S. 113,

und bemerkt,

l. c. S. 456,

daß dieses Gewohnheitsrecht sich vornehmlich bei der Erbfolge zeige, jedoch auch andre Gegenstände betreffe, als welche in den Gesetzen Erbtheilungen, Ausweisungen, letzte Willensmeinungen, Contracte und Creditwesen bezeichnet würden.

Der Verfasser der in dem Jahrgange 1809 der Schlesw. Holst. Anzeigen enthaltenen, in

Falcks Sammlung Bd. IV. S. 413 2c.,

abgedruckten Abhandlung über das Land-Marschrecht, äußert sich in Betreff desselben also:

„Bekanntlich ist das in der Cremper- und Wilster-Marsch, auch den adel. Marschgütern geltende sogenannte Land- und Marschrecht daselbst von jeher eingeführtes, nach und nach durch specielle Verfügungen modificirtes Gewohnheitsrecht, welches insonderheit die Successionsrechte bestimmt.“

Unterwirft man die vorstehenden Definitionen von „Land- und Marschrecht“ einer näheren Prüfung, so wird sich ergeben, daß keine derselben für ganz zutreffend erachtet werden kann.

Was die zuletzt angeführte betrifft, so sind gegen dieselbe die Ausstellungen zu machen, einmal, daß nicht sämmtliche das Land- und Marschrecht ausmachende Gewohnheiten, sondern nur ein Theil derselben, nämlich diejenigen, welche die Erbfolge und die Erbtheilung zum Gegenstande haben, durch die, angegebenermaaßen im Wege der Gesetzgebung nach und nach erfolgten Modificationen betroffen worden sind; dann, daß nicht eigentlich das Successions-Recht, sondern vielmehr die Successions-Ordnung, resp. die Erbtheilung durch das Land- und Marschrecht normirt werden, und endlich, daß der Einfluß desselben nicht hierauf beschränkt ist, sondern sich in nicht geringerem Maaße auch in Bezug auf das eheliche Güterrecht, die Ausweisungen und verschiedene andere später näher anzugebende Verhältnisse äußert.

Die Begriffsbestimmung von Schrader anlangend, so wird man sich zunächst gegen eine Identificirung des Land- und Marschrechts mit dem in der Cremper- und Wilster-Marsch 2c. geltenden Gewohnheitsrecht überhaupt zu erklären und gleich von vornherein aus dem Begriffe des Land- und Marschrechts diejenigen Rechtsgewohnheiten auszuscheiden haben, welche die Grundlage des Communalwesens bilden und bei Landtheilungen Anwendung finden *);

---

*) Schrader giebt l. c. die Grundsätze, welche er hierbei im Auge hat, nicht näher an; ich vermuthe aber, daß er das, soweit mir bekannt,

denn während in den einschlagenden Gesetzen und Präjudicaten von einer Erbfolge nach Land- und Marschrecht, einer Erbtheilung nach Land- und Marschrecht, einer allgemeinen Gütergemeinschaft nach Land- und Marschrecht u. s. w. die Rede ist, wird eine ähnliche Bezeichnung in Betreff der vorhin erwähnten Verhältnisse, so unzweifelhaft es auch ist, daß sie auf Gewohnheit beruhen, dennoch nirgends angetroffen.

Sodann aber ist zu bemerken, daß, wenn Schrader auch in der angegebenen Hinsicht zu weit geht, er doch anderer Seits, indem er die hauptsächliche Herrschaft des Land- und Marschrechts im Uebrigen auf das Gebiet des Erbrechts beschränkt, nicht weit genug geht, weshalb an seiner Definition in dieser Beziehung dasselbe auszusetzen ist, als, dem Vorangeführten nach, an der des Verfassers der allegirten Abhandlung über das Land- und Marschrecht.

Was endlich die Definition von Falck betrifft, so muß die Annahme, daß das Land- und Marschrecht auch in Betreff der Ehepacten, Contracte, letzten Willensordnungen und des Creditwesens, besondere Bestimmungen enthalte, als eine durchaus unrichtige bezeichnet werden. Das Rescript vom 5. Juni 1789 (Chron. Samml. d. V. O., S. 39), auf welches Falck

l. c. p. 456

zwar nicht ausdrücklich Bezug nimmt, worauf jedoch seine Behauptung unzweifelhaft basirt, besagt freilich, daß in den klösterlich Itzehoischen Marschdistricten „die Erbtheilungen, Ausweisungen, Ehepacten, letzten Willensordnungen, Contracte und das ganze Creditwesen, von jeher nach Land- und Marschrecht eingerichtet gewesen seien;" daß aber diesen Worten nicht der Sinn beizulegen ist, in welchem Falck sie auffaßt, dies ergiebt sich aus der Entstehungsgeschichte des allegirten Rescripts auf das Unzweideutigste.

---

nur in der Cremper- und Wilster-Marsch übliche Einhufen, oder die Gewohnheit gemeint hat, wonach bei Parcelirung von Hufenstellen die untheilbaren Lasten und Leistungen bei der die Hufenlast behaltenden Parcele verbleiben, und die Erwerber der übrigen Parcelen dem Eigenthümer der ersteren ein nach Morgenzahl bestimmtes Geldäquivalent zu Hülfe zu geben, i. e. bei demselben „einzuhufen" haben.

Zur Herbeiführung eines richtigen Verständnisses dieses Rescripts mögen folgende, den betreffenden Acten entlehnte Mittheilungen*) hier ihren Platz finden.

Bis über die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts wurde herkömmlich sowohl in den Geest- als Marschdistricten des Klosters Itzehoe das Land- und Marschrecht angewandt, und in streitigen Fällen darnach erkannt. — In den Jahren nach 1780 gab jedoch das holsteinische Landgericht in zweien Sachen klösterlicher Eingesessenen der Stadt Itzehoe Erkenntnisse unter Anwendung des Sachsenrechts auf die ehelichen Güterverhältnisse ab, und hörte die Anwendung des Land- und Marschrechts in den Geestdistricten des Klosters Itzehoe damit auf.

Dadurch wurde in den klösterlichen Marschdistricten die Besorgniß rege, daß auch hier das Land- und Marschrecht, wenn das die Anwendung desselben begründende Herkommen in den an das Landgericht zur Entscheidung gelangenden Fällen ebenfalls keine Anerkennung finden sollte, durch das Sachsenrecht verdrängt werden möchte. — Um dem vorzubeugen, wandten sich die klösterlichen Marscheingesessenen**) an den Landesherrn mit einem Gesuche, in welchem sie darum baten, daß sie vom jure saxonico eximirt bleiben und mit dem Land- und Marschrecht begnadigt werden möchten, und zur Begründung solcher Bitte, unter Hervorhebung der wesentlichsten Abweichungen des Sachsenrechts vom Land- und Marschrechte, auf die großen Nachtheile, die aus der Einführung des ersteren Rechts sich für sie ergeben würden, aufmerksam machten. Man habe, heißt es im Einzelnen, sich bisher in allen Fällen nach Land- und Marschrecht gerichtet, und geglaubt, daß man kein an-

*) Diese, wie die unten im § 5. mitgetheilten Nachrichten über diejenigen Pertinenzien des Klosters Itzehoe, in welchen das Land- und Marschrecht zur Anwendung kommt, verdanke ich der Güte des Herrn Klostersyndicus Posselt in Itzehoe.

**) Ausgenommen die Eingesessenen des bei Kellinghusen in der Störmarsch belegenen Dorfes Grönhude und der im Deichbande der Stadt Itzehoe belegenen beiden klösterlichen Erbpachtshöfe, — cf. unten § 3.

deres Recht habe, als eben dieses, weshalb denn auch, „nach dieser Voraussetzung", alle Erbtheilungen, Ausweisungen, Ehe-Zerten, letzte Willensordnungen, alle Contracte und das ganze Creditwesen eingerichtet gewesen. Inter conjuges habe seither die communio bonorum universalissima, welche nach Land- und Marschrecht im Amte Steinburg und den adeligen Marschgütern gelte, stattgefunden, und habe daher kein Creditor der in den Höfen, Häusern und übrigen Gütern der Marscheingesessenen radicirten Capitalien sich je darum bekümmert, wie viel Geld der Mann oder die Frau gehabt habe; beider Güter hafteten ihm ohne Unterschied. — Die Einführung des Sachsenrechts würde nun aber zur Folge haben, daß die meisten Capitalien gekündigt würden, falls die nach diesem Rechte in Ansehung des Eingebrachten begünstigte Frau sich nicht besonders mitverschriebe, und würde alle Marsch-Unterthanen, welche Land- und Marschrecht hätten, davon abhalten, in Credits- und Heiraths-Angelegenheiten mit den klösterlichen Marsch-Eingesessenen in Connexion zu treten. — Schließlich wird darauf hingewiesen, daß es auch auf die Successionsordnung und Erbtheilungen, wie Ausweisungen von dem größten Einfluß sein müsse, je nachdem Land- und Marschrecht, oder Sachsenrecht zur Anwendung gebracht werde.

Seinem im Vorstehenden referirten wesentlichen Inhalte nach, giebt das betreffende Gesuch keinerlei Andeutung über das Vorhandensein von dem Land- und Marschrecht angehörenden, die Ehepacten, letzten Willensordnungen, Contracte und das Creditwesen speciell normirenden Bestimmungen, auch kommt darin der in dem Rescript vom 5. Juni 1789 gebrauchte Ausdruck, daß die Ehepacten ꝛc. **nach** Land- und Marschrecht eingerichtet seien, gar nicht vor, vielmehr lautet der betreffende passus, wie oben referirt, im Gesuche dahin, **daß nach der Voraussetzung**, daß das Land- und Marschrecht im klösterlichen Marschdistricte gelte, die Ehepacten, letztwilligen Verfügungen ꝛc. bisher eingerichtet gewesen seien, womit augenscheinlich nur der Einfluß, den, wie jedes andere in einem Districte geltende Recht, so auch das Land-

und Marschrecht, auf derartige Acte ausübt, und nothwendig ausüben muß *), hat angezeigt werden sollen.

Dem Vorbemerkten zufolge bleiben von denjenigen Gegenständen, welche, nach Falcks Angabe, durch das Land- und Marschrecht normirt werden, nur die Erbfolge, und diese nicht überhaupt, sondern nur die der Ascendenten und Collateralen, sowie die Erbtheilungen, selbige aber gegenwärtig auch nur insoweit, als Ascendenten, Geschwister, resp. deren Kinder und entferntere Collateralen dabei concurriren, und endlich die Ausweisungen, übrig. — Wie aber oben schon angedeutet worden, ist damit der Begriff von „Land- und Marschrecht" noch keineswegs vollständig erschöpft, vielmehr erstreckt sich dessen Wirksamkeit noch weiter, und wird durch dasselbe nicht nur das eheliche Güterrecht normirt, sondern es enthält auch in Betreff der fortgesetzten Gütergemeinschaft, wie der elterlichen Nutzungsrechte an dem Vermögen der Kinder besondere Bestimmungen.

Unter Land- und Marschrecht hat man also, richtiger Begriffsbestimmung nach, die in der Cremper- und Wilster-Marsch, sowie den unten § 3 namhaft gemachten benachbarten Districten geltenden,

---

*) Welchen Einfluß es auf die Creditverhältnisse hat, je nachdem in einem Districte Land- und Marschrecht oder Sachsenrecht gilt, ist oben schon angegeben. — In Bezug auf Ehepacten, insoweit durch selbige das geltende eheliche Güterrecht abgeändert werden soll, versteht sich dies, wie in Ansehung von letztwilligen Dispositionen, mit Rücksicht sowohl auf die verschiedene Erbfolge, als die verschiedenen Grundsätze über die Erbtheilung, von selbst. Was die Contracte betrifft, so bedarf es nur einer Hinweisung auf die dem Land- und Marschrecht unbekannte Beschränkung des Ehemannes nach Sachsenrecht in der Veräußerung der Immobilien der Ehefrau, so wie anderer Seits auf die dem Sachsenrechte fremde, aus der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft nach Land- und Marschrecht sich ergebende Consequenz, daß Ehegatten über zum Gemeingut gehörende Sachen nicht gültig mit einander contrahiren können,

cf. Falck, Sammlung Bd. V., S. 61,

um auch in dieser Beziehung den Einfluß klar werden zu lassen, welcher sich aus der Anwendung des einen oder anderen Rechts ergiebt.

altbergebrachten, beziehungsweise durch Gesetze modificirten Gewohnheiten, soweit dieselben

1) die Erbfolge der Ascendenten und Collateralen, und zwar sowohl den ordo, als modus succedendi,
2) die ehelichen Güterrechte,
3) die fortgesetzte Gütergemeinschaft,
4) die Ausweisungen, und
5) die elterlichen Nutzungsrechte an dem Vermögen der Kinder,

betreffen, zu verstehen.

Die Herrschaft des Land- und Marschrechts beschränkt sich mithin auf das Gebiet resp. des Erb- und Familienrechts.

§ 2.

Der Charakter des Land- und Marschrechts.

In älterer Zeit ist wohl behauptet worden, daß die das Land- und Marschrecht ausmachenden Gewohnheiten größtentheils Ueberbleibsel des ehemaligen „hollischen Rechtes" seien,

vid. Schrader, Lehrbuch der Schl. Holst. Landesrechte, Bd. I., S. 20 und 147.

Neuere Forschungen haben es jedoch außer allen Zweifel gestellt, daß der Inhalt des unter dem Namen „hollisches Recht", früher auch in der Cremper- und Wilster-Marsch gültig gewesenen, von Christian I., am 2. November 1470,

cf. C. C. Holsat. II., p. 57,

aufgehobenen Gewohnheitsrechts lediglich die Form und Verfassung der Gerichte, sowie die in diesen üblichen Gebräuche und Solennien bei der Gerichtshegung überhaupt und bei einzelnen gerichtlichen Handlungen insbesondere, betroffen habe,

cf. Falcks Handbuch des Schl. Holst. Privatrechts, Bd. I., S. 713 2c. und 457.

Abweichend von Schrader *) hält der Verfasser der vorer-

---

*) In einem in den S. H. Anzeigen pro 1848 S. 78 2c. enthaltenen Aufsatze des inzwischen verstorbenen Professors Paulsen über die Art der Erbtheilung zwischen vollbürtigen Geschwisterkindern und Halbgeschwistern nach Land- und Marschrecht, bemerkt derselbe, daß sich die Eigenthümlich-

wähnten Abhandlung über das Land- und Marschrecht, dieses mit dem Sachsenrechte für so verwebt, daß es nur als modificirtes Sachsenrecht betrachtet werden könne,

cf. Falcks Sammlung, Bd. IV, S. 431,

und meint auch Falck

S. H. Privatr., Bd. I, S. 457,

daß die meisten bekannten Vorschriften des Land- und Marschrechts sich auf sächsische Grundsätze zurückführen ließen, wenn er gleich ebenfalls dem friesischen Rechte in einer gewissen Beziehung *) einen Einfluß auf das Land- und Marschrecht einräumt.

Es läßt sich nun zwar nicht bestreiten, daß das jetzt geltende Land- und Marschrecht Bestimmungen enthält, die ihre Entstehung dem Einflusse des Sachsenrechts verdanken; da indessen beide Rechte in den wichtigsten Beziehungen gar sehr von einander abweichen, so rechtfertigt es sich gewißlich nicht, das Verhältniß des Sachsenrechts zum Land- und Marschrecht so darzustellen, wie im Vorstehenden geschehen ist.

Untersucht man, wie weit sich der Einfluß des Sachsenrechts auf das Land- und Marschrecht erstreckt, so wird es zuvörderst auf den ersten Blick klar, daß die Grundsätze des ersteren Rechts über das Güterrecht der Ehegatten auf die Gestaltung des ehelichen Güterrechts im Gebiete des Land- und Marschrechts nicht eingewirkt haben können, und wird ein Gleiches selbstverständlich auch von denjenigen Verhältnissen, die, wie die s. g. communio prorogata, und die Ausweisung, mit dem ehelichen Güterrecht im engen Zusammenhange stehen, gelten müssen.

---

keiten des Land- und Marschrechts zum großen Theile aus der in alter Zeit in die Elbmarschen geschehenen Einwanderung von Holländern, die ihr „Hollisches Recht" mitbrachten, erklären ließen; er bekennt sich damit also zu der offenbar falschen Ansicht Schrader's.

*) Falck nennt nur die Art und Weise, wie die Halbgeschwister in Concurrenz mit Vollgeschwistern erben. — Dieser Theilungsmodus findet aber auch bei entfernteren Seitenverwandten gleich nahen Grades von halber und voller Geburt statt, was wohl ebenfalls dem Einflusse des friesischen Rechtes zuzuschreiben ist.

Eben so wenig kann ferner dem Sachsenrechte eine Einwirkung auf die Entwickelung der Grundsätze des Land- und Marschrechts, über den elterlichen Nießbrauch an dem Vermögen der Kinder zugeschrieben werden. *)

Was endlich die Erbfolge und die Erbtheilung nach Land- und Marschrecht betrifft, so stößt man hier allerdings hin und wieder auf Bestimmungen, welche sächsischen Ursprungs sein mögen, wie z. B. die, daß die Eltern in ihrer eheleiblichen Kinder Erbschaft den Halbgeschwistern vorgehen sollen,

(Ob. Amtsger. Urt. vom 25. Jan. 1640)

und ferner die im Jahre 1625 publicirte, durch die Verordnung vom 25. Januar 1762 wieder aufgehobene, daß die Halbbrüderkinder mit den Vollbrüdern nicht succediren,

(Ob. Amtsger. Urt. v. 17. Mai 1625 im C. C. H. I., 151)

sowie endlich die, daß bei den entfernteren Collateralen die nähere Halbgeburt in Concurrenz mit der entfernteren Vollgeburt um einen Grad zurücktreten, und das Erbe unter ihnen zu gleichen Theilen getheilt werden solle,

(V. O. vom 25. Januar 1762).

Auch mag vielleicht der dem alten **) Land- und Marschrecht angehörende Grundsatz, daß die Geschwisterkinder das s. g. Repräsentationsrecht nicht genießen, aus dem Sachsenrechte entlehnt

---

*) Nach Land- und Marschrecht hat der Vater an dem mütterlichen Vermögen des Kindes nur bis zum Ablauf der s. g. Föhdejahre, oder zur Confirmation, den Nießbrauch,

Holst. Anz. pro 1859 S. 177 ꝛc. und
desgleichen pro 1861 S. 229 ꝛc.,

eine Beschränkung, die dem Sachsenrechte eben so fremd ist, als die fernere Bestimmung des ersteren, daß der Vater an dem von mütterlichen Verwandten ererbten Vermögen der Kinder gar keinen Nießbrauch habe.

Publicand. v. 30. Juli 1778.

**) Ich verstehe darunter dasjenige Recht, welches bis zum 12. Mai 1563, oder dem Zeitpunkte galt, als die Modificationen desselben auf dem Wege der Gesetzgebung ihren Anfang nahmen.

sein *). Im Uebrigen aber findet zwischen beiden Rechten die wesentlichste Verschiedenheit Statt.

Während nämlich, wie bemerkt, das Sachsenrecht nächst den Descendenten die Ascendenten zur Erbschaft beruft,

cf. Gerber, deutsch. Privatr. § 251 und Wasserschleben, das Princip der Succeß. Ordn. nach deutschem, insbesondere sächsischem Rechte, S. 3,

berief das alte Land- und Marschrecht in zweiter Classe zunächst die Geschwister von voller Geburt, und beruft das neuere Land- und Marschrecht die Eltern nicht vor, sondern nur neben den Vollgeschwistern,

Sanct. pragm. vom 25. Juni 1652,

und während ferner nach dem Sachsenrechte die Halbgeschwister den Vollgeschwistern nachstehen, und bei weiteren Seitenverwandten die Vollgeburt die gleich nahe Halbgeburt ausschließt, erben nach Land- und Marschrecht beide neben einander, nur daß diese mit voller, jene mit halber Hand zugreifen **).

Wenn sich hiernach nun auch ein gewisser Einfluß des Sachsenrechts auf das Land- und Marschrecht, soweit es die Erbfolge

*) Der Verfasser der mehrerwähnten Abhandlung über das Land- und Marschrecht — Falcks Sammlung Bd. IV. pag. 431 — behauptet, daß schon vor Emanirung der Verordnung vom 12. Mai 1563 die Vollgeschwister-Kinder mit den Halbgeschwistern succedirt haben, und daß dies in Gemäßheit des Sachsenrechts geschehen sei. Paulsen — S.-H. Anz. pro 1848 p. 78 u. 79 — ist aber anderer Meinung, und wird es daher erst einer näheren Untersuchung hierüber bedürfen, um darüber entscheiden zu können, ob auch in angegebener Hinsicht eine Einwirkung des Sachsenrechts anzunehmen sei, oder nicht.

**) Diese Art und Weise, den Nachlaß zwischen Halb- und Vollgeschwistern zu theilen, ist es, von der Falck, S. H. Privatr. I. S. 457, sagt, daß sie durchaus friesisch sei, und lautet denn auch der Art. XXIII. des Codex juris frisici borealis — abgedruckt in Dreyer's Sammlung vermischter Abhandlungen S. 491 — also:

„Item, wor Halff-Suschen unde Voll-Suschen sind tho erven, so „schöllen de Halff-Suschen to gripen mit halver Handt, unde de „Voll-Suschen mit voller Handt."

und die Erbtheilung betrifft, kund giebt, so stellt sich derselbe doch, den sonstigen so wesentlichen Verschiedenheiten gegenüber, als ziemlich unwesentlich dar, weshalb man ebensowenig in diesem, als in sonstigem Betracht, das Land- und Marschrecht als ein modificirtes Sachsenrecht zu bezeichnen berechtigt ist.

Es erübrigt noch, schließlich eine Prüfung darüber anzustellen, wie weit sich der Einfluß des friesischen Rechts auf das Land- und Marschrecht erstreckt, und ob, und in wie weit das römische Recht darauf eingewirkt hat.

Was nun zunächst die ehelichen Güterverhältnisse betrifft, so wird man in dieser Beziehung eben so wenig dem friesischen Rechte, welchem eine allgemeine eheliche Gütergemeinschaft, wie sie im Gebiete des Land- und Marschrechts stattfindet, unbekannt ist,

cf. Runde, deutsch. ehel. Güterrecht § 10 und
Art. XIV. u. XXXIII. Cod. jur. fris. boreal *)

als dem römischen Rechte mit seinem Dotalsystem **) einigen Einfluß auf das Land- und Marschrecht beimessen können. — Ist dies aber in Ansehung der Güterverhältnisse während der Ehe anzunehmen, so wird das Gleiche auch sowohl in Bezug auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft, als die Ausweisung, gelten müssen.

---

*) Der Art. XIV. besagt:

„Item ein Mann nimmt eine Fruwe tho der Ehe . . . ist idt „averst, daß se unfruchtbar sie, so nimmt ein Jeder, wat he ge„bracht unde de Helfte von dem verworvenen Gude."

Im Art. XXIII. heißt es:

„Item, wenn ein Mann und Fruwe hebben Kinder tho hope u. „de Fruwe versterwet, de Mann tho Deele geiht mit den Kindern, „so mag he to väre afnehmen einen halven Süster-Hopen ꝛc."

**) Nach röm. Rechte kommt zwar auch, wie bekannt, eine Gemeinschaft der Güter unter Ehegatten vor, — l. 16 § 3, Dig. 34, 1. — dieses Verhältniß war aber, von Anderem abgesehen, von dem im Gebiete des Land- und Marschrechts stattfindenden schon insofern verschieden, als es auf einem Contracte beruhte, während nach Land- und Marschrecht die allgemeine Gütergemeinschaft ohne Weiteres, gleich nach Vollziehung der Ehe eintritt.

Was sodann die elterlichen Nutzungsrechte an dem Vermögen der Kinder betrifft, so sind desfällige Beschränkungen der Art, wie sie, dem eben Angeführten nach, im Gebiete des Land- und Marschrechts vorkommen, sowohl dem friesischen, als römischen Rechte, fremd.

Auf dem Gebiete des Erbrechts endlich macht sich dagegen allerdings einiger Einfluß nicht allein des friesischen Rechts, wie wir schon gesehen haben, sondern auch des römischen Rechts, und zwar des letzteren in sofern bemerkbar, als seinem Einflusse sowohl die Einführung des Repräsentationsrechts der Geschwisterkinder im Gebiete des Land- und Marschrechts, als die Aufhebung des im alten Land- und Marschrecht begründeten Vorzugs der Vollgeschwister vor den Eltern, und die Gleichstellung beider zuzuschreiben ist,

cf. V. O. vom 12. Mai 1563 (Corn. Const Hols. II., S. 144 ꝛc.) und

Sanctio pragmatica vom 25. Juni 1652 (C. C. H. II., S. 80).

So wie nun aber auf diesem Gebiete keine weitere *) Einwirkung des römischen Rechts auf das Land- und Marschrecht zu verspüren ist, so beschränkt sich anderer Seits der Einfluß des friesischen Rechts darauf, daß die demselben eigenthümliche, oben schon erwähnte Art und Weise, den Nachlaß zwischen Voll- und Halbgeburt zu theilen, auch im Gebiete des Land- und Marschrechts Eingang gefunden hat.

---

*) Daß dem Land- und Marschrechte die sowohl nach dem Sachsenrechte, als nach friesischem Rechte, bei der Erbfolge, resp. Erbtheilung, vorkommende Begünstigung des männlichen Geschlechts auf Kosten des weiblichen, fremd geblieben ist, mag vielleicht auch dem Einflusse des Römischen Rechts zuzuschreiben sein, würde aber doch, wenn es wirklich der Fall, hier nicht weiter in Betracht zu ziehen sein, sofern man den Begriff des Land- und Marschrechts so faßt, als oben geschehen ist; — wenn ferner, wie bei einer wörtlichen Interpretation der Verordnung vom 12. Mai 1563 geschehen muß, nach dem alten Land- und Marschrecht, in der Classe der Descendenten ein Repräsentationsrecht wirklich nicht stattgefunden hat, dann würde allerdings die Einführung desselben im Gebiete des gedachten Rechts dem Einflusse des Römischen Rechts ebenfalls zugeschrieben werden müssen.

Was die auf dem Wege der Gesetzgebung erfolgten Modificationen des Land- und Marschrechts anbelangt, so fallen dieselben wesentlich mit den schon erwähnten, resp. dem Einflusse des Sachsenrechts und des römischen Rechts zugeschriebenen Bestimmungen zusammen, wodurch den Eltern ein Vorzug vor den Halbgewistern, und den Vollbrüdern vor den Halbbrüder-Kindern eingeräumt,

(O. A. G. Urt. vom 25. Januar 1640 und
Ob. Amtsger. Urt. vom 17. Mai 1625)

das Repräsentationsrecht der Geschwister-Kinder eingeführt,

(V. O. vom 12. Mai 1563 und 25. Jan. 1762)

und der Vorzug der Vollgeschwister vor den Eltern aufgehoben worden ist,

(Sanct. pragm. vom 25. Juni 1652).

Allenfalls könnte man noch die Vorschrift wegen Theilung des Nachlasses, wenn Eltern mit Voll- und Halbgeschwistern concurriren,

(Bekanntmachung vom 9. Nov. 1773)

mit hierher rechnen.

Aus allem Angeführten dürfte schon so viel resultiren, daß dem Land- und Marschrecht in seiner Ursprünglichkeit der Charakter großer Eigenthümlichkeit nicht abzusprechen ist, und wie Solches durch die demnächstige Erörterung der einzelnen Grundsätze dieses Rechts noch in ein klareres Licht gestellt werden wird, so wird sich daraus auch ergeben, daß, wenn das Land- und Marschrecht sich auch nicht von der Einwirkung anderer Rechte, resp. der Gesetzgebung, frei gehalten hat, es dennoch jenen Charakter in mancher Hinsicht bis auf den heutigen Tag bewahrt hat.

§ 3.

Das locale Gebiet des Land- und Marschrechts.

Das Land- und Marschrecht gilt, außer in der Wilster- und Cremper-Marsch, und zwar, was die letztere betrifft, nicht blos in der eigentlichen Marsch, wie Falck,

S. H. Privatr. Bd. I., S. 456,

anzunehmen scheint, sondern auch in dem dazu gehörenden Geest-

Kirchspiel Hohenfelde nebst dem Königsmoor, so wie den Pojenberger Pertinentien *), annoch in folgenden benachbarten Districten, als

1) in dem zum Amte Bordesholm gehörenden, von der Wilster-Marsch umschlossenen Ländchen Sachsenbande,

cf. Patent vom 17. Mai 1794
(Chron. S. der V. O., p. 39),

2) in der klösterlich Itzehoer Marschcommüne, zufolge der oben schon allegirten Resolution vom 5. Juni 1789. — Vor deren Erlassung war von Seiten der supplicirenden Gevollmächtigten des Marschdistricts der passus legitimationis, wie es in dem desfallsigen obergerichtlichen Communicationsdecrete heißt, berichtigt worden, und aus solcher Berichtigung des passus legitimationis ergiebt sich der örtliche District des Klosters Itzehoe, in welchem das Land- und Marschrecht gilt. Die Verleihung erstreckt sich nämlich auf denjenigen District, als dessen Vertreter die Supplicanten sich legitimirt haben. Darnach besteht der District des Klosters Itzehoe, in welchem das Land- und Marschrecht gilt, aus den Vogteien Stördorf, Aebtissinwisch, Hodorf, Rethwisch und Moordieck, oder folgenden, zum Theil aus Streugütern bestehenden Pertinentien, welche, mit wenigen Ausnahmen, gemischter Jurisdiction sind:

I. an der rechten Seite der Stör:
Heiligenstedten,
Beckmünde,
Beckdorf,
Schadendorf,
Stördorf,
Uhrendorf,
Aebtissinwisch,

II. an der linken Seite der Stör:
Hodorf mit Hörn und Deicherde,

---

*) Dieselben bestehen jetzt in zwei Kathen. — Ursprünglich gab es deren nur eine; auf dem zu dieser gehörenden Lande ist jedoch später eine zweite erbaut.

Heerfahrt,
Brockreihe,
Fiefhusen,
Bahrenfleth,
Großwisch,
Rethwisch mit Schinkel,
Moordieck,
Schönmoor,
Lesig- oder Leschfeld,
Dückermühle.

Das Land- und Marschrecht gilt dagegen nicht in dem bei Kellinghusen in der Störmarsch belegenen Dorfe Grönhude, welches nicht zur klösterlichen Marschcommüne gehört, und im Jahre 1789 durch die Gevollmächtigten dieser Commüne nicht vertreten wurde. Ebensowenig kommt dasselbe zur Anwendung für zwei klösterlich Itzehoer Erbpachtshöfe, welche in der Nähe der Stadt Itzehoe, im Deichbande dieser Stadt liegen, aber ebenfalls nicht zur klösterlichen Marsch-Commüne, sondern zu den früheren Hofländereien des Klosters Itzehoe gehören *).

3) In der Herrschaft Breitenburg, und zwar nicht blos in den Marsch- und denjenigen Districten, welche, wie die Bestandtheile des vormaligen, von Friedrich III. an den Grafen Christian Ranzau im Jahre 1650 verkauften Gutes Wellna,

cf. Falck, Sammlung der wichtigsten Abhandlungen aus den S. H. Anzeigen, Bd. IV, S. 442,

ehedem Pertinenzien des Amtes Steinburg waren, sondern auch in allen übrigen dortigen Geestdistricten, mithin im ganzen Gebiete der Herrschaft.

4) In dem dem Kloster Uetersen gehörenden Patrimonialgute Horst,

cf. Falcks Sammlung, Bd. V, p. 43,

---

*) Cf. Topographie der Herzogthümer Holstein und Lauenburg von Schröder und Biernatzki, p. 99.

so wie in den zur Vogtei Crempdorf*) gehörigen Pertinenzien dieses Klosters.

5) In der Blomeschen Wildniß, welche bekanntlich bis zum Jahre 1667, in welchem der König Friedrich III. sie an den Großkanzler Friedr. v. Ahlefeld verkaufte, einen Theil der Cremper Marsch bildete.

6) In den adeligen Marschgütern Groß- und Klein-Collmar, Seestermühe**), Krummendieck, mit Campen und Rahde, Heiligenstedten c. pert. und Bahrenfleth.

Die Anwendung des Land- und Marschrechts in der Blomeschen Wildniß hat in deren früheren Verbindung mit der Cremper Marsch ihren Grund, in den sub 3, 4 und 6 genannten Districten beruht sie aber, wie in der Cremper und Wilstermarsch selbst, lediglich auf dem Herkommen.

Dieses Herkommen ist übrigens ein derartig anerkanntes, daß es behufs der Anwendung des Land- und Marschrechts in vorkommenden Fällen des Beweises, daß das Land- und Marschrecht in den betreffenden Districten überhaupt Geltung habe, nicht bedarf, vielmehr nur der Nachweis Seitens des Betheiligten, daß er in jenen Districten domicilirt sei, im Falle darüber stattfindender Ungewißheit, beizubringen ist.

§ 4.

Erkenntnißquellen des Land- und Marschrechts.

Die Grundsätze des Land- und Marschrechts sind bisher nirgends vollständig zusammengestellt, man findet sie vielmehr zerstreut in Erkenntnissen der Ober- und Untergerichte, in speciellen gesetzlichen Verfügungen und einigen gedruckten Mittheilungen, resp. den das Schlesw.-Holst. Privatrecht darstellenden Lehr- und Handbüchern.

---

*) Cf. Topographie der Herzogthümer Holstein und Lauenburg von Schröder und Biernatzki, p. 101.

**) Cf. Matthiessen's Monographie über diese Güter, p. 48.

Es sollen hier

A. die Präjudicate

und zwar, der Vollständigkeit wegen, alle bisher bekannten, obwohl von den älteren manche nur noch einen historischen Werth haben, aufgeführt werden. Von denselben betreffen

a. die fortgesetzte*) Gütergemeinschaft, resp. die Ausweisung:

Die Entscheidungen des Oberamtsgerichts vom 5. Mai 1756 und vom 7. März 1806, betr. die Frage, welche Güter mit zur Gemeinschaft zu bringen sind,

cf. Falcks Sammlung, Bd. III., p. 495 und Bd. V., p. 86.

Erkenntniß des Oberamtsgerichts vom 23. Febr. 1762,

Falcks Sammlung, Bd. III., S. 494,

und Rescript des holsteinischen Obergerichts an die klösterliche Obrigkeit in Itzehoe vom 20. Januar 1846,

S. H. Anz. pro 1846, S. 237 u. 38,

wonach nicht der status bonorum, wie er zur Zeit des Ablebens des einen Ehegatten gewesen, sondern derjenige, der zur Zeit der Theilung wirklich vorhanden, bei der Auseinandersetzung mit den Kindern zum Grunde zu legen ist.

Entscheidung des holsteinischen Obergerichts vom 29. December 1851, betr. die Zusetzung der Höfe durch Vogt und Holsten in der Cremper-Marsch,

S.-H. Anz. pro 1852, p. 29 2c.,

und Rescript desselben an die klösterliche Obrigkeit vom 24. August 1857, daß durch die Resolution vom 4. Februar 1792 hinsichtlich

---

*) Die Güterverhältnisse während der Ehe betreffende Präjudicate sind mir nicht bekannt; der in dem Register zu den S.-H. Anzeigen von Esmarch, unter der Rubrik: „eheliches Güterrecht nach Land- und Marschrecht" aufgeführte, in den S.-H. Anzeigen pro 1852 p. 30 ff. mitgetheilte Fall gehört nicht dahin. — Derselbe betrifft die s. g. Zusetzung nach Land- und Marschrecht, und herrschte über die ehelichen Güterverhältnisse kein Streit.

der gesetzlichen Bestimmungen über den öffentlichen Verkauf von Mobilien in Fällen, wo Unmündige zur Erbschaft concurriren, keine Veränderung getroffen worden sei.

b. Den elterlichen Nießbrauch an dem Vermögen der Kinder, und zwar:

a) an dem mütterlichen.

Das vom O.-App.-Ger. am 17. Aug. 1861 bestätigte Erkenntniß des holst. Obergerichts vom 21. Decbr. 1860, wonach dieser Nießbrauch sich nur bis zur Beendigung der s. g. Föhdezeit, oder der Confirmation, erstreckt,

S.-H. Anz. pro 1861, p. 229 2c.

b) An dem von mütterlichen Verwandten ererbten.

Entscheidungen des Oberamtsgerichts vom 29. Juli 1741 und 1. Juni 1747, so wie vom 29. August 1748, wonach dem Vater der Nießbrauch an solchem Vermögen nicht zusteht,

Falcks Sammlung, Bd. III., p. 14 u. 15.

c. Die Erbfolge und Erbtheilung, und zwar:

1) die Concurrenz der Voll- und Halbgeschwister und deren Kinder, resp. die Theilung des Nachlasses in solchen Fällen betreffend.

Erkenntniß des Wilsterschen Loddings vom 30. October 1599, „daß nach gebräuchlichem Marschrecht Halbschwester- und Halbbrüder-Kinder in ihrer Eltern Stelle treten und in die Stämme mit Halbschwestern und Halbbrüdern erben sollen",

Falcks Sammlung, Bd. IV., p. 491.

Erkenntniß des Cremper Loddings vom 13. Mai 1610, „daß die Halbbrüder und Halbschwestern keinen Stamm setzen, derowegen Vollbrüder- und Vollschwester-Kinder nach Kopfzahl 2 Pfenning, die Halbbrüder- und Halbschwester-Kinder aber 1 Pfenning nehmen sollen",

Falck, l. c. p. 490 u. 91.

Erkenntniß des Oberamtsgerichts vom 19. Mai 1615, „daß die Vollschwester-Kinder nach Kopfzahl 2 Pfenninge erben und nehmen (weil nämlich 1 Halbbruder vorhanden war, der 1 Pfenning

haben sollte), die Halbbrüder- und Halbschwester-Kinder aber, als die einen Grad weiter, davon ausgeschlossen sein sollen" *),

Falck l. c. p. 492.

Erkenntniß des Wilsterschen Loddings vom 5. Septbr. 1633, daß Vollbrüder und Vollbrüder-Kinder in des defct. Nachlaß succediren, die Halbbrüder-Kinder aber davon ausgeschlossen sein sollen",

Falck l. c. p. 494.

Erkenntniß desselben vom 5. Septbr. 1644, „daß der defcta. Halbbruder mit den Kindern zweier Vollschwestern in der Verstorbenen Verlassenschaft nach Hauptzahl succediren, daß jedoch der Halbbruder 1 Pfenning, ein jedes der Vollschwester-Kinder aber 2 Pfenninge genießen solle",

Falck l. c. p. 495.

Erkenntniß des Cremper-Marsch-Loddings vom 21. Aug. 1664, „daß Halbschwester-Kinder halb so viel als Vollschwester-Kinder haben sollen",

Falck l. c. p. 490.

Erkenntniß des Ober-Amtsgerichts vom 9. Juli 1727, daß Kläger, als Halbbrüder- und Halbschwester-Kinder, zu des defcti. Erbschaft nicht zu admittiren, sondern davon durch die Beklagte, als des defcti. Vollschwester und Halbschwester, imgleichen dessen Vollbruder-Kinder zu excludiren,

Falcks Sammlung, Bd. V., p. 485.

2) Betreffend die Concurrenz der Halbgeschwister und deren Kinder mit den Eltern eines Verstorbenen.

Vom Göding und Ober-Amtsgericht bestätigtes Erkenntniß

---

*) Das Erkenntniß des Oberamtsger. vom 17. Mai 1625, wodurch eine Marsch-Urtel, wornach Halbbrüder-Kinder in ihrer Eltern Stelle treten, und zugleich mit einem Vollbruder erben sollen, ist dahin reformirt worden, „daß die Halbbrüder-Kinder, weil sie nach sächsischem Rechte ihren Vater nicht repräsentiren und derohalben an seine Stete kein Erbe nehmen können, von der Erbschaft auszuschließen", so wie die Ober-Amtsger.-Urteln vom 24. April 1568 und 25. Januar 1640 finden sich unter Litr. B. aufgeführt,

cf. Falck l. c. p. 493 u. 494.

des Wilsterschen Loddings, „daß Halbschwester- und Halbbrüder-Kinder mit der leiblichen Mutter erben sollen“, vom 12. Mai 1600,

Falcks Sammlung, Bd. IV., p. 491.

3) Die Succession der Halbgeschwister und deren Kinder, in Concurrenz mit des defuncti Vaters-Vollgeschwistern und deren Kindern betreffend.

Erkenntniß des Ober-Amtsgerichts vom 12. Mai 1706, wodurch Vaters-Vollbrüder-Kinder mit den Halbgeschwister-Kindern des defcti. zur Erbschaft zugelassen wurden und zugleich bestimmt ward, daß der Nachlaß unter ihnen nach Kopfzahl zu theilen sei,

Falcks Sammlung, Bd. V., p. 487.

Erkenntniß eben desselben vom 16. August 1720, welchem zufolge des Vaters Vollbruder von dem Halbbruder des Verstorbenen ausgeschlossen worden,

Falck l. c. p. 486 u. 487.

Endlich das Erkenntniß eben desselben vom 26. März 1727, wodurch die Urtel des Cremper Gödings vom 30. August 1719, wornach die Erbschaft der Halbschwester des defcti., mit Ausschluß der Vaters-Vollschwester desselben, zugewandt worden war, bestätigt wurde.

4) Die Succession der entfernteren Seitenverwandten betreffend.

Erkenntniß des Ober-Amtsgerichts vom 25. October 1689, wodurch die Gewohnheit, daß, wenn des Verstorbenen Vaters Vollgeschwister mit der Mutter Halbgeschwistern in successione concurriren, jene entweder ganz oder zum Theil diese Halbgeschwister excludiren, zum Beweise verstellt, und

die Entscheidung eben desselben vom 14. Februar 1690, wodurch solcher Beweis als geführt erkannt, und deshalb bestimmt wurde, daß die Vollgeschwister des Vaters nach Kopfzahl 2 Portiones, die Halbgeschwister der Mutter aber nur 1 Portion zu nehmen befugt,

Falcks Sammlung, Bd. IV., p. 496 2c., und Bd., V., p. 481.

Entscheidung des holsteinischen Ober-Gerichts vom 28. December 1852,

S. H. Anz. pro 1853, p. 111 2c.

B. Gesetzliche Verfügungen und denselben gleich zu achtende Bestimmungen *).

1) Verordnung für das Herzogthum Holstein, insonderheit der Cremper= und Wilster=Marsch, wegen des den Brüder= und Schwester=Kindern zustehenden Erbrechts, vom 12. Mai 1563,

Corp. Const. Hols. I., p. 145 ꝛc.

2) Bestätigung **) des Land= und Marschrechts, daß vollbürtige Geschwister und deren Kinder 2 Pfenninge, Halbgeschwister und deren Kinder aber nur 1 Pfenning zum Erbe nehmen, vom 24. April 1568,

Corp. Const. Hols. II., p. 82.

3) Ober=Amtsgerichts=Urtel vom 17. Mai 1625, daß Halbbruder=Kinder nach Sachsenrecht mit Vollbrüdern nicht succediren,

Corp. Const. Hols. I., p. 151.

4) Die in vim pragmaticae sanctionis publicirte Ober=Amtsgerichts=Urtel vom 25. Januar 1640, nach welcher Eltern in ihrer eheleiblichen Kinder Erbschaft den halbbürtigen Geschwistern derselben vorzuziehen,

Corp. Const. Hols. I., p. 152,

nebst

a) der desfälligen Extension und Declaration vom 25. Februar 1648, welche am Schlusse besagt, daß Halbbrüder, Halb=

---

*) Dieselben betreffen zwar nicht speciell auch die adeligen und klösterlichen Districte, in denen das Land= und Marschrecht gilt, allein sie finden doch, mit Ausnahme der Resolution vom 4. Februar 1792, betr. die Zusetzung der Höfe, durchgehends dort Anwendung.

**) So lautet die Ueberschrift im C. C. H.; es ist aber eine die betreffende Gewohnheit bestätigende Ober=Amtsger.=Urtel. — Weil selbige aber durch ihre Aufnahme in das Corp. Const. den Charakter einer gesetzlichen Bestimmung angenommen, so ist sie erst hier, und nicht schon unter Litr. A. aufgeführt worden. — In ähnlicher Weise haben auch die Ober=Amtsger.=Urteln vom 17. Mai 1625 und 25. Jan. 1640, welchen ausdrücklich Gesetzeskraft beigelegt, erst hier ihren Platz finden können.

schwestern und deren Kinder mit den Eltern des Verstorbenen in dessen Hereditât und Succession nicht concurriren sollen,

Corp. Const. Hols. I., p. 153 u. 54,

und

b) der authentischen Interpretation vom 9. Mai 1796, wornach unter dem in der Ober-Amtsgerichts-Urtel vom 25. Jan. 1640 gebrauchten Ausdruck „Mutter" und dem in der Declaration vom 14. Februar 1648 vorkommenden Ausdruck „Eltern" auch Großeltern und andere Ascendenten zu verstehen sind,

Chron. Sammlung der V. O., p. 38.

5) Die Sanctio pragmatica für die Cremper- und Wilster-Marsch, daß Eltern in ihres verstorbenen Kindes Verlassenschaft mit dessen vollbürtigen Geschwistern succediren sollen, vom 25. Juni 1652,

Corp. Const. Hols. II., p. 80.

6) Die Verordnung, wie es wegen des im Sachsenrechte vorgeschriebenen Zurücktretens der halben Geburt und überhaupt in Ansehung des der vollen und halben Geburt zustehenden Erbrechts in dem Herzogthum Holstein, königlichen Antheils, und besonders in der Cremper- und Wilster-Marsch zu halten sei, vom 25. Januar 1762,

Chronol. Samml. der V. O., p. 1 ꝛc.

7) Die Bekanntmachung vom 9. November 1773, betr. die Art und Weise, wie der Nachlaß zu theilen, wenn Eltern mit Voll- und Halbgeschwistern concurriren,

Chronol. Samml. der V. O., p. 92.

8) Das Publicandum vom 30. Juli 1778, wodurch die in der Cremper- und Wilster-Marsch hergebrachte Gewohnheit, „daß von den bonis adventitiis der Kinder, diesen, und nicht dem Vater, der Nießbrauch beikomme",

Chronol Samml. der V. O., p. 42.

9) Die Resolution vom 4. Februar 1792, betr. die Zusetzung der Höfe,

Chronol. Samml. d. V. O., p. 9 u. 10.

C. Literatur.

Von dem Land- und Marschrecht handelt:

Schrader in seinem Lehrbuche der Schl. Holst. Landesrechte, Theil I., S. 19 u. 147, und Th. II., S. 69, 70 u. 291 ꝛc.;

Paulsen in seinem Lehrbuche des Schl. Holst. Privatrechts § 148 u. § 184;

und

Falck in seinem Handbuche des Schl. Holst. Privatrechts, Bd. I., p. 113 u. 455 ꝛc., Bd. IV., p. 457 u. 461 ꝛc. und Bd. V., p. 14 u. 18 Note 37.

Das Material, welches sich dort vorfindet, ist jedoch nur ein dürftiges. — Ein reichhaltigeres bieten verschiedene Abhandlungen in den alten Schl.-Holst. Anzeigen, namentlich

a) die bekannte, schon erwähnte, aus dem Jahrgange 1809 über das Land- und Marschrecht,
Falcks Sammlung, Bd. IV. Nr. LIV., p. 413 ꝛc.;

b) die aus dem Jahrgange 1778 in
Falcks Sammlung, Bd. III. sub Nr. XXXIX., p. 492,
abgedruckte Abhandlung über die in den Städten und unterschiedlichen Marschdistricten geltende Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten, und deren Verschiedenheit;

c) die Abhandlung des wl. Kammeraths Sarauw: „Prüfung der bisherigen Ansichten von ehelicher Gütergemeinschaft in den Herzogthümern Schleswig-Holstein", in Falcks N. Staatsb. Magazin, Bd. VI., p. 186 ꝛc.

d) die im
IV. Bande von Falcks Sammlung
sub Nr. III, p. 13 ꝛc.
enthaltene Nachricht über eine in der Cremper- und Wilster-Marsch geltende rechtsbeständige Gewohnheit, den Nießbrauch den Vaters an den bonis adventiis seiner Kinder betreffend.

Aus den neuen Schlesw.-Holst. Anzeigen sind anzuführen:

1) die im Jahrgange 1846, p. 302 und 303, enthaltene Erörterung der Grundsätze des Land- und Marschrechts über die Theilung des Nachlasses bei der Concurrenz von Voll-

geschwistern, Vollgeschwister-Kindern und Halbgeschwistern, so wie deren Kindern;

2) der denselben Gegenstand betreffende Aufsatz des weiland Professors Paulsen in dem Jahrgange 1848, p. 78 und 79 und 86—88.

An Monographien sind zu erwähnen: die von

Falck, S.-H. Privatrecht, Bd. I., p. 456 Note 77,

citirten beiden, resp. das Erbrecht der Voll- und Halbgeschwister-Kinder, und das Erbrecht der entfernteren Collateralen betreffenden *), welche in

Falcks Sammlung, Bd. IV., Anhang II., p. 489 2c.

abgedruckt sind, so wie die ebendaselbst erwähnte „Kurze Nachricht von dem Erbrecht der Voll- und Halbgeschwister und deren Kinder im Amte Steinburg", wovon ein Abdruck in

Falcks Sammlung, Bd. V., p. 480 2c.

enthalten ist **).

---

*) Die erste führt den Titel: „Erörterung der Frage, ob in der Cremper- und Wilster-Marsch Halbgeschwister-Kinder gleich nahe zur Erbschaft seien mit Vollgeschwister-Kindern" — Die zweite ist betitelt: „Beweis, daß gar keine gegründete, weder vernünftige, noch rechtliche, Ursachen vorhanden, außer dem Fall, da des defuncti Brüder und Brüder-Kinder concurriren, den entfernteren vollbürtigen Verwandten in linea collaterali ein Miterbungsrecht mit den näheren halbbürtigen Blutsfreunden beizulegen."

**) Der Verfasser hat sich nicht genannt; als solcher ist aber in einer Eingabe an das Oberamtsgericht aus dem Jahre 1768 ein Advocat Groth angegeben worden.

Vom Land- und Marschrecht im Einzelnen.

I. Abtheilung.

Die Intestaterbfolge nach Land- und Marschrecht.

A. Geschichtliche Uebersicht der Intestaterbfolge nach altem Land- und Marschrecht und ihren späteren Modificationen.

§ 5.

Vorbemerkung.

Wie es überhaupt zu einer gehörigen Würdigung der Gegenwart einer genauen Kunde der Vergangenheit bedarf, so ist es auch zu einer vorurtheilsfreien Auffassung und Beurtheilung der hinsichtlich der Intestaterbfolge jetzt geltenden Grundsätze des Land- und Marschrechts nothwendig, auf den ältesten bekannten Rechtszustand zurück zu gehen, und die nach und nach erfolgten Modificationen Schritt für Schritt zu verfolgen und dieselben sich klar zu machen.

Indem nun die nachfolgende Darstellung es sich zur Aufgabe gestellt hat, in der angegebenen Hinsicht ein richtiges Verständniß anzubahnen, wird sie zuvörderst den ordo und modus succedendi nach dem alten, durch gesetzgeberische Erlasse noch unbeeinflußten Land- und Marschrechte zu ergründen und festzustellen suchen, demnächst aber, im Anschlusse hieran, die einzelnen den Rechtszustand modificirenden Gesetze und Verfügungen namhaft zu machen, und sie, ihrer Bedeutung und ihren Folgen nach, zu würdigen angewandt sein.

Es ergeben sich demnach für die geschichtliche Ueberſicht der Inteſtaterbfolge nach Land- und Marſchrecht fünf Perioden, und befaßt

die erste den Zeitraum bis zur Emanirung der Verordnung vom 12. Mai 1563,

die zweite den Zeitraum bis zur Publication der vis pragmaticae sanctionis beigelegten Ober-Amtsgerichts-Urtel vom 25. Januar 1640,

die dritte den Zeitraum bis zur Erlaſſung der pragmatiſchen Sanction vom 25. Juni 1652,

die vierte den Zeitraum bis zur Emanirung der Verordnung vom 25. Januar 1762, während

die fünfte mit dem Patent vom 9. Mai 1796

abſchließt, woran ſich dann die Darſtellung des jetzt geltenden Rechts paſſend anreiht.

§ 6.

Die erste Periode, oder das alte Land- und Marſchrecht.

An directen, die Inteſtaterbfolge nach Land- und Marſchrecht betreffenden Zeugniſſen aus dieſer Periode fehlt es gänzlich, und bieten nur die den ſpäteren Perioden angehörenden Erlaſſe und Präjudicate inſofern Anhaltspunkte, als man aus den durch die erſteren erfolgten Modificationen auf den früheren Rechtszuſtand einen Schluß ziehen kann, und durch letztere von Alters her beſtehende Gewohnheiten documentirt werden.

Dieſe Hülfsmittel reichen indeſſen nicht für alle Fälle aus, und iſt es daher auch mit nicht geringen Schwierigkeiten verknüpft, von dem Rechtszuſtande vor 1563 ein getreues Bild zu entwerfen.

Gehen wir nun daran, mit den Mitteln, die uns zu dem Zwecke zu Gebote ſtehen, die Inteſtaterbfolge nach Land- und Marſchrecht während der vorliegenden Periode darzuſtellen, und werfen wir zunächſt den Blick auf die Succeſſion der Descendenten, ſo werden wir finden, daß auch in dieſer Hinſicht nach altem Land- und Marſchrecht Eigenthümlichkeiten ſtattgefunden haben müſſen.

Zieht man nämlich in Erwägung einmal, daß die Reichs-

constitution vom 28. November 1521, die nebst der vom 23. April 1528 durch die Verordnung vom 12. Mai 1563 für die Cremper- und Wilster-Marsch verkündet wurde, außer den Geschwisterkindern auch den Enkeln das Recht zusprach, in die Stelle ihres verstorbenen parens zu treten, sodann aber, daß es in der allegirten Verordnung vom 12. Mai 1563 wörtlich also heißt:

„Und dann in beiden Constitutionen, wie hiebevor erspürt, alle und jede Statuta, sondere Satzungen, Gewohnheiten, Gebräuche, alt Herkommen und Freiheiten im heil. Römischen Reich durchaus cassiret, aufgehoben und abgethan, Wir auch befunden, daß in unserem Fürstenthum Holstein, insonderheit Unserer Cremper- und Wilster-Marsch, in gemeldeten Fällen, unterm Schein des gewöhnlichen Landrechten, das Gegenspiel in Urtheil und Erkänntnissen gehalten worden," u. s. w.,

so gelangt man zu der Schlußfolgerung, daß bis zum 12. Mai 1563 in der Cremper- und Wilster-Marsch die Enkel in Concurrenz mit den Kindern, durch diese von der Erbschaft ihres Großvaters ausgeschlossen worden sind.

Ein Mehreres erhellt aus der erwähnten Verordnung aber nicht, und erhalten wir daher durch sie eben so wenig, als sonst, darüber Auskunft, ob etwa, wie die Enkel durch die Kinder, so auch die Urenkel durch die Enkel u. s. f. excludirt wurden.

Von Eigenthümlichkeiten in Ansehung des modus succedendi der Descendenten wird uns ebenfalls nichts berichtet.

Was sodann die Succession der nächst den Descendenten zur Erbschaft Berufenen, und zwar

A. den ordo succedendi

betrifft, so ergiebt sich: 1) aus der allegirten Verordnung vom 12. Mai 1563, daß in der vorliegenden Periode die Geschwister eines Verstorbenen den Geschwisterkindern desselben vorgezogen worden sind, was sowohl von der vollen, als halben Geburt wird gelten müssen; — 2) aus der Ober-Amtsgerichts-Urtel vom 24. April 1568, daß es ein altherkömmlicher, mithin auch schon in der gegenwärtigen Periode zur Anwendung gebrachter Grundsatz des Land- und Marschrechts, daß Halbgeschwister neben Voll-

geschwistern und Halbgeschwister-Kinder neben Vollgeschwister-Kindern succediren *).

Dahingegen ist es fraglich, ob auch schon nach altem Land- und Marschrecht Vollgeschwister-Kinder mit Halbgeschwistern zur Erbschaft gelangt seien. — Da Solches für die Bestimmung der Art und Weise, wie nach heutigem Rechte bei der Concurrenz von Vollgeschwister-Kindern mit Halbgeschwistern der Nachlaß zu theilen sei, von entscheidender Bedeutung ist, so ist es geboten, daß wir uns eingehender mit dieser Frage beschäftigen.

Der Verfasser der vorerwähnten Abhandlung über Land- und Marschrecht,

cf. Falcks Sammlung, Bd. IV., p. 431,

bejaht dieselbe, unter Bezugnahme auf eine Urtel des Wilsterschen Loddings aus dem Jahre 1644 und meint, daß die Succession der Vollgeschwister-Kinder neben Halbgeschwistern vor Einführung des Repräsentationsrechts durch die Verordnung vom 12. Mai 1563 dem Einfluß des sachsenrechtlichen Grundsatzes, daß die halbe Geburt einen Grad zurücktrete, zuzuschreiben sei.

Diese Ansicht ist auch in der dem Erkenntnisse des holsteinischen Obergerichts vom 22. Mai 1846, betreffend die Succession der Vollgeschwister und deren Kinder mit Halbgeschwistern und Halb-

---

*) Zwar gelangt, was die letztere betrifft, der Verfasser der oben citirten Abhandlung, betitelt: „Erörterung der Frage, ob in der Cremper- und Wilster-Marsch Halbgeschwister-Kinder gleich nahe zur Erbschaft seien mit Vollgeschwister-Kindern", zu dem entgegengesetzten Resultat; allein dies betrifft nicht die vorliegende Periode, sondern einen späteren Zeitraum; aber auch in Ansehung desselben können seine desfälligen Argumentationen nicht als stichhaltig angesehen werden. — Wir werden später hierauf zurückkommen. — Zur Begründung des im Texte Behaupteten beziehe ich mich vornehmlich auf folgende in der oben citirten Ober-Amtsgerichts-Urtel vom 24. April 1568, C. C. H. I., 82, enthaltenen Worte: „dawiele bet anhero und jetzo nach Land- und Marschrecht de Full-Säster oder Broder edder derselben Kinder 2, und averst Half-Broder und Süster edder derselben nachgelatenen Kinder darjegen einen Pfenning thom Erfe nehmen schölen, blifft ydt billig by dem olden wohlhergebrachten Landrecht von Billigkeitswegen."

geschwister-Kindern nach Land- und Marschrecht voraufgeschickten Erörterung vertreten,

cf. S. H. Anz. d. a. 1846, p. 303.

Dagegen ist Professor Paulsen in der in den

S. H. Anz. pro 1848, p. 78 ꝛc.

enthaltenen Abhandlung der Meinung, daß nach altem Land- und Marschrecht die Vollgeschwister-Kinder von den Halbgeschwistern ausgeschlossen worden seien. — Er bemerkt, nachdem er zu Anfang auf die von der Wissenschaft längst verworfene Ansicht, daß die Eigenthümlichkeiten des Land- und Marschrechts aus dem von den in alter Zeit in die Elbmarschen eingewanderten Holländern mitgebrachten, angeblich mit dem friesischen Rechte verwandten „hollischen Rechte" zu erklären sei, zurück gekommen, in der angegebenen Hinsicht Folgendes:

„Der Verfasser jener älteren Abhandlung in den Anzeigen, auf welche bei der neuen Mittheilung in denselben viel Gewicht gelegt werde, gehe von einer ganz unrichtigen Ansicht aus, wenn er sage, daß das Land- und Marschrecht ein modificirtes Sachsenrecht sei, was so wenig der Fall, daß es in den wichtigsten Verhältnissen gerade das Entgegengesetzte enthalte, indem dieses die Eltern vor den Geschwistern berufe, während nach dem ursprünglichen Land- und Marschrechte das Umgekehrte stattfinde, und das Sachsenrecht getrenntes eheliches Vermögen, das Land- und Marschrecht aber eheliche Gütergemeinschaft habe. Auch stehe der Verfasser auf dem älteren, die unbefangene Auffassung des einheimischen Rechts hindernden Standpunkte, indem er behaupte: contra jus commune wurde die halbe Geburt mit der vollen zugelassen. — Sowohl durch diese, als durch jene Ansicht werde der Blick des Verfassers zum Nachtheil der halbbürtigen Verwandten getrübt, indem diese nach dem Sachsenspiegel, selbst, wenn sie einen Grad näher seien, vollbürtige neben sich zur Erbschaft zulassen mußten, vermöge des Grundsatzes, das die halbe Geburt um einen Grad zurück trete. Hiernach gelange er zu der Meinung, daß, ungeachtet nach dem Land- und Marschrechte kein jus repräsentationis stattgefunden, gleichwohl Vollgeschwister-Kinder mit Halbgeschwistern concurrirt hätten, und dies in Ge-

mäßheit des Sachsenrechts, wonach die halbe Geburt einen Grad zurücktrete, geschehen sei. Dies sei ja aber gerade nicht land- und marschrechtlich und bei dem wesentlich verschiedenen Geiste zweier Rechte sei es unstatthaft, Sätze aus dem einen in das andere herüber zu nehmen, selbst wenn das eine, wie hier der Sachsenspiegel, im Verhältnisse eines Hülfsrechts zu dem andern stehe, denn es bedürfe nur insofern einer Anwendung aushelfender Rechtssätze, als wirkliche Lücken einer Rechtsverfassung auszufüllen seien. — Eine solche sei aber hier in der That gar nicht vorhanden, das Land- und Marschrecht setze nun einmal die halbe Geburt nicht, wie der Sachsenspiegel, zurück, sondern vermindere nur ihren Erbtheil zum Besten der vollbürtigen Verwandten gleichen Grades; seien keine solche da, so finde sich gar kein Grund für die Beschränkung ihres Erbrechts, noch für eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß dem Grade nach nähere Verwandte, mit Ausschluß der entfernteren, erbten. — Wenn man nun bedenke, daß selbst nach gemeinem Rechte in der letzten Classe der halbbürtige Verwandte den entfernteren vollbürtigen ausschließe, daß auch nach Jütschem Low, vor der Constitution von 1649 super jure repräsentationis, der Halbbruder Vollbruder-Kinder ausgeschlossen, so werde man leicht die Unbefangenheit erwerben, es mit dem Geiste des Land- und Marschrechts übereinstimmend zu finden, daß Halbgeschwister Vollgeschwister-Kinder ausgeschlossen hätten. Zwar ließen sich hierfür keine Urtheile nachweisen, während der genannte Verfasser allerdings ein Urtheil des Wilsterschen Loddings von 1644 für seine Ansicht anführen könne. Da er aber im Jahre 1809 geschrieben, und keine neueren Entscheidungen noch andere Beweise für die von ihm behauptete Land- und Marschrechts-Gewohnheit beibringe, so dürfe mit Recht daran gezweifelt werden, ob ein solches altes, vereinzelt dastehendes Urtheil zu einem derartigen Beweise hinreichend sei, um so mehr, als gewiß ein gewichtiger Gegengrund darin liege, daß dasselbe dem Corpus Constitutionum Regio Holsaticarum, welches bekanntlich der Gesetzgeber veranstaltet habe, nicht einverleibt worden sei, obgleich er, indem Entscheidungen, und zwar aus dem Zeitraum jenes Urtheils,

namentlich von 1640 und 1648, in diese Sammlung aufgenommen seien, augenscheinlich die Absicht gehabt habe, durch solche, — welche zum Theil auch als pragmaticae sanctiones schon bei ihrer Fällung verkündet worden, — mit Gesetzeskraft versehene und für die Praxis feststehende Rechtssätze zu gewinnen. Da nun jenes Urtheil weder zu seiner Zeit als sanctio pragmatica bekannt gemacht, noch von dem Gesetzgeber, der es aus dem angegebenen Grunde ohne Zweifel gekannt haben müsse, berücksichtigt sei: so dürfe angenommen werden, daß er dasselbe absichtlich ausgelassen und nicht, als wahres Land- und Marschrecht enthaltend, anerkannt habe."

Untersuchen wir nun, ob und in wie weit die von Paulsen gegen die Ansicht des Verfassers jener Abhandlung, welcher bisher in allen von ihm beantworteten land- und marschrechtlichen Fragen als Autorität gegolten, vorgebrachten Einwendungen für begründet zu erachten sind, so stellt sich zuvörderst der Vorwurf, als habe der Verfasser der mehrgedachten Abhandlung auf unstatthafte Weise einen Satz des Sachsenrechts in das Land- und Marschrecht herüber genommen, als unbegründet dar. — Denn für den Verfasser handelte es sich lediglich darum, wie eine gegebene eigenthümliche Bestimmung des Land- und Marschrechts — eben die durch das Urtheil des Wilsterschen Loddings vom 5 September 1644 (Falcks Sammlung IV., 495) documentirte, wonach Vollgeschwister-Kinder neben Halbgeschwistern succediren — zu e r k l ä r e n sei. — Und wenn nun bei der sonstigen principiellen Verschiedenheit des Sachsen- und Land- und Marschrechts, dennoch, wie oben gezeigt, in gewisser Beziehung ein Einfluß des ersteren auf letzteres nicht zu verkennen ist, so erscheint es an sich durchaus nicht als unzuläßig, jenen Grundsatz des Land- und Marschrechts auf Sachsenrecht zurückzuführen, und dessen Einwirkung die Entstehung desselben zuzuschreiben. Ob Solches aber unbedingt nothwendig, ist eine andere Frage, auf die wir weiter unten zurückkommen werden.

Was sodann die angeregten Zweifel, daß das von dem Verfasser der oftenwähnten Abhandlung angeführte Urtheil des Wilsterschen Loddings vom 5. September 1644 zum Beweise der von ihm behaupteten land- und marschrechtlichen Gewohnheit qu. hin-

reichend sei, anbelangt, so ist zu bemerken, daß dieses Urtheil keineswegs, wie Paulsen annimmt, vereinzelt dasteht, es vielmehr außerdem noch manche andere damit übereinstimmende Erkenntnisse giebt, wohin nicht nur:

a) das in der Schrift „Erörterung der Frage, ob in der Cremper- und Wilster-Marsch Halbgeschwister-Kinder gleich nahe zur Erbschaft seien mit Vollgeschwister-Kindern", angeführte des Oberamtsgerichts vom 19. Mai 1615, wodurch den Vollgeschwister-Kindern des defcti. 2 Pfenninge nach Kopfzahl, dem Halbbruder aber 1 Pfenning zugesprochen wurde,

Falcks Sammlung, Bd. IV., p. 482,

und ferner

b) das eben daselbst erwähnte vom 19. März 1715, wornach der Halbbruder 1 Pfenning und die Vollschwester-Kinder nach Kopfzahl 2 Pfenninge nehmen sollen,

Falcks Samml., Bd. IV., P. 496,

sondern vornehmlich auch

c) die Ober-Amtsgerichts-Urtel vom 24. Mai 1568,

(C. C. H. II., p. 82).

zu rechnen sind. Was die letztere betrifft, so ist hervorzuheben, daß in dem streitigen Falle, welcher durch sie entschieden wurde, Vollschwester-Kinder, Halbbrüder und Halbschwestern, sowie Halbschwester-Kinder concurrirten und die ersteren die Nächsten zum Erbe zu sein vermeinten, während die Halbgeschwister und deren Kinder mit zur Erbschaft zugelassen zu werden beanspruchten.

Es stand in diesem Falle also nicht zur Frage, ob die Vollgeschwister-Kinder neben Halbgeschwistern zur Erbschaft gelangen könnten, sondern vielmehr, ob sie, wie sie verlangten, der Halbgeburt vorzuziehen seien, und wird, in Ermangelung eines sonstigen Grundes *), anzunehmen sein, daß die Vollgeschwister-Kinder dieses

---

*) Wenn die Vollgeschwister-Kinder nicht schon vor Einführung des Repräsentationsrechts mit den Halbgeschwistern succedirt hätten, so begreift es sich in der That nicht, wie sie nach Erlassung der Verordnung vom 12. Mai 1563 ein Vorzugsrecht vor der Halbgeburt in Anspruch nehmen konnten.

ihr vermeintliches Vorzugsrecht auf das ihnen wenige Jahre vorher verliehene Repräsentationsrecht fundirt haben.

Das vom Ober-Amtsgericht abgegebene Erkenntniß lautete nun, wie bereits oben in der Anmerkung angeführt, dahin, daß, weil bisher nach Land- und Marschrecht Vollschwester oder Bruder oder deren Kinder 2, Halb-Bruder oder Schwester oder deren Kinder dagegen 1 Pfenning zum Erbe nehmen, es billig bei dem alten wohlhergebrachten Landrecht sein Verbleiben habe. Indem aber das Gericht so erkannte, wies es nicht blos die Prätensionen der Vollgeschwister-Kinder zurück, sondern, indem es sie einfach auf das alte Recht hinwies, sprach es damit implicite zugleich aus, daß durch das Repräsentationsrecht das bisherige erbrechtliche Verhältniß der Vollgeschwister-Kinder zu den Halbgeschwistern und deren Kindern nicht alterirt worden, und erstere schon nach altem Land- und Marschrecht mit Halbgeschwistern zu succediren befugt seien, dazu also nicht erst des Repräsentationsrechtes bedürften.

Wenn Paulsen endlich aus dem Umstande, daß die erwähnte Urtel des Wilsterschen Loddings vom 5. September 1644 nicht in das Corpus Constitutionum aufgenommen worden, folgern zu dürfen glaubt, daß dasselbe, als nicht wahres Land- und Marschrecht enthaltend, vom Gesetzgeber absichtlich ausgelassen sei, so ist die Voraussetzung, worauf diese Schlußfolgerung beruht, nämlich, daß der Gesetzgeber jenes Urtheil gekannt habe, durch das dafür Angeführte nicht erwiesen, und eben so wenig die Annahme gerechtfertigt, daß die Aufnahme derselben in die Gesetzsammlung aus dem angegebenen Grunde unterblieben sei; denn gesetzt auch, daß mehrgedachtes Urtheil den mit der Anfertigung der betreffenden Gesetzsammlung beauftragten beiden Männern wirklich bekannt gewesen, so bleibt doch immer die Möglichkeit übrig, daß sie die Bedeutung desselben lediglich unterschätzt, oder die Frage noch als eine offene betrachtet haben. Aber selbst wenn sie das Urtheil absichtlich aus der Gesetzsammlung ausgelassen haben sollten, so wäre damit noch keineswegs jene nachweislich bestehende Gewohnheit des Land- und Marschrechts als beseitigt zu betrachten.

Im Uebrigen ist es nicht unwichtig, daß sich weder in dem Corp. Const. Hols. noch sonst ein Urtheil vorfindet, wonach die

Vollgeschwister-Kinder von den Halbgeschwistern ausgeschlossen worden wären.

Nach allem Diesem scheint der Annahme, daß schon nach altem Land- und Marschrecht die Vollgeschwister-Kinder mit den Halbgeschwistern eines Verstorbenen in dessen Nachlaß succedirt haben, nichts entgegen zu stehen, und liegt, meines Erachtens, auch keine Veranlassung vor, diesen Grundsatz auf sächsisches Recht zurückzuführen, indem man denselben nach Inhalt des obgedachten Ober-Amtsgerichts-Urtheils vom 24. April 1568 auch als eine der besonderen Eigenthümlichkeiten des Land- und Marschrechts zu bezeichnen, völlig berechtigt sein dürfte.

Als ausgemacht kann ferner betrachtet werden,

3) und zwar auf Grund der in vim sanctionis pragmaticae publicirten Ober-Amtsgerichts-Urtel vom 25. Januar 1640, wodurch den Eltern ein Vorzug vor den Halbgeschwistern eingeräumt wurde, daß während der gegenwärtigen Periode die Halbgeschwister neben den Eltern succedirten.

Ein Gleiches in Betreff der Halbgeschwister-Kinder anzunehmen, ist man aber nicht berechtigt. Denn wenn sie auch, wie die desfälligen Präjudicate ergeben, während der folgenden Periode mit den Eltern zusammen erbten, so wird dies doch als eine Folge des ihnen damals zustehenden, in der vorliegenden Periode aber noch nicht eingeräumten Stellvertretungsrechts anzusehen sein.

Nicht minder ist endlich

4) aus der Constitutio pragmatica vom 25. Juni 1652, wodurch die Eltern den Vollgeschwistern gleichgestellt wurden, mit Bestimmtheit zu entnehmen, daß bis dahin, und demnach auch während der gegenwärtigen Periode, die Vollgeschwister den Eltern vorgingen.

Als fraglich erscheint es dagegen, ob nach altem Land- und Marschrecht

a) Vollgeschwister-Kinder und Eltern neben einander zur Succession gelangten,

b) Eltern miterbten, wenn sie neben Halbgeschwistern mit Vollgeschwistern concurrirten,

c) Großeltern und noch höher stehende Ascendenten neben Halbgeschwistern succedirten,

d) Halbgeschwister-Kinder im Falle, daß sie neben Vollgeschwister-Kindern mit Eltern des Verstorbenen zusammentrafen, zur Succession mit zugelassen wurden,

e) Vollgeschwister-Kinder, die mit Halbgeschwistern zusammen erbten, mit zur Succession gelangten, wenn sie neben diesen mit Vollgeschwistern concurrirten?

An positiven Nachrichten hierüber fehlt es gänzlich, und müssen wir daher auf anderem Wege eine Antwort auf diese Fragen zu gewinnen suchen.

Was nun die erste derselben betrifft, so wird die Antwort darauf nur eine bejahende sein können; denn wenn die Vollgeschwister-Kinder, nachdem sie das Stellvertretungsrecht erlangt, die Eltern, wie sich im weiteren Verlaufe dieser Darstellung ergeben wird, ausschlossen, so werden sie vorher unzweifelhaft neben den Eltern zur Succession gelangt sein.

Die zweite Frage dürfte dagegen zu verneinen sein. Da nämlich zufolge der in Falcks Sammlung, Bd. IV, p. 492—96 mitgetheilten Erkenntnisse die Halbgeschwister-Kinder, die doch mit den concurrirenden Vollgeschwister-Kindern zusammen erbten, wegen des Vorhandenseins eines Vollbruders oder einer Vollschwester nicht mit zur Erbschaft zugelassen wurden, so scheint es hiernach ein feststehendes Princip gewesen zu sein, daß wenn auch sonst zur Succession mit einander berechtigte Erben concurrirten, von diesen doch, durch das Hinzukommen eines dritten näher Berechtigten, diejenigen ausgeschlossen wurden, welche mit letzterem zusammen zu erben kein Recht hatten. Wenden wir dieses Princip aber hier an, so folgt daraus die Ausschließung der Eltern durch die Vollgeschwister, wenn sie auch, sofern sie mit Halbgeschwistern allein zusammentrafen, neben diesen zur Erbschaft gelangten.

Die dritte Frage wird ebenfalls zu verneinen sein. Denn da den Großeltern, nachdem den Eltern ein Vorzug vor den Halbgeschwistern eingeräumt worden war, eben dieses Vorzugsrecht bis zur Erlassung der im § 4 erwähnten authentischen Interpretation der pragmatischen Sanction von 1640, vom 9. Mai 1796, nicht

zugestanden wurde, so werden sie auch während der vorliegenden Periode den Eltern schwerlich gleich gestellt gewesen sein.

Die Antwort auf die vierte Frage kann gleichfalls nur eine verneinende sein. Denn wenn auch Halbgeschwister-Kinder, mit Vollgeschwister-Kindern, sofern sie allein concurrirten, zusammen erbten, so mußten sie doch, in Folge des oben angegebenen Princips, wegen der Concurrenz der näher berechtigten Eltern, zurückstehen.

Was endlich die fünfte Frage betrifft, so kann selbige auch nur verneint werden, da die Anwenduag jenes Princips auf den vorliegenden Fall zur Ausschließung der Vollgeschwister-Kinder durch die näheren Vollgeschwister führen muß.

Dem Vorbemerkten zufolge konnten nach altem Land- und Marschrecht Halbgeschwister-Kinder, wenn Vollgeschwister, Halbgeschwister und Eltern vorhanden waren, nicht zur Erbschaft gelangen. Ihr Successionsrecht wurde vielmehr erst dann wirksam, wenn sie entweder allein oder neben Vollgeschwister-Kindern zur Erbschaft berufen waren.

Es fragt sich nun, ob in solchen Fällen auch noch andere Verwandte, namentlich die Großeltern, und mit den Geschwister-Kindern dem Grade nach gleich nahe Collateralen, als z. B. die Geschwister des Vaters ihres parens praedefunctus mit zur Erbschaft gelangten?

Daß nach altem Land- und Marschrecht neben Vollgeschwister-Kindern die Eltern resp. die Geschwister des Vaters oder der Mutter ihrer verstorbenen Eltern succedirt hätten, davon findet sich nirgends auch nur eine Andeutung, und steht daher anzunehmen, daß die genannten Ascendenten und Collateralen von den Vollgeschwister-Kindern ausgeschlossen worden sind.

Anders scheint es sich jedoch mit den Halbgeschwister-Kindern verhalten zu haben.

Aus dem Umstande nämlich, daß nur die Eltern neben Halbgeschwistern succedirten, ergiebt sich, daß die Großeltern erst mit Halbgeschwister-Kindern zusammen zur Succession gelangt sein können.

Wir entnehmen ferner aus dem oben im § 4 sub A 3 und unten am Schlusse des § 10 erwähnten Erkenntnisse des Ober-Amtsgerichts aus dem Jahre 1706 — einer Zeit, wo durch den

Einfluß des Sachsenrechts die erbrechtliche Stellung der Halbgeschwister-Kinder wieder derjenigen gleich geworden war, die sie vor dem 12. Mai 1563 eingenommen hatten, — daß neben ihnen sogar Vater-Vollbruder-Kinder zur Succession zugelassen wurden.

Solches war nun allerdings eine Folge der Anwendung des sachsenrechtlichen Grundsatzes, wegen des Zurücktretens der halben Geburt, und da wir im alten Land- und Marschrecht von einer Einwirkung dieses Grundsatzes nichts verspüren, so wird auch nicht angenommen werden können, daß während der vorliegenden Periode die Geschwister-Kinder des Vaters des parens praedefunctus mit den Halbgeschwister-Kindern zusammen geerbt haben. Die Anwendung des erwähnten Grundsatzes im Jahre 1706 setzt aber voraus, daß man die Geschwister der Eltern des verstorbenen parens der Halbgeschwister-Kinder mit diesen hinsichtlich der Erbfolge für gleichberechtigt erachtet habe, und wenn, wie bemerkt, zu damaliger Zeit die Stellung der Halbgeschwister-Kinder auch in sonstiger erbrechtlicher Beziehung derjenigen gleich war, welche sie vor dem 12. Mai 1563 inne gehabt hatten, so erscheint die Annahme gerechtfertigt, daß auch nach altem Land- und Marschrecht die Geschwister des Vaters oder der Mutter des parens praedefunctus zugleich mit den Halbgeschwister-Kindern zu succediren für berechtigt angesehen worden sind. Dabei versteht es sich jedoch von selbst, daß bei dem Vorhandensein von Großeltern diese den genannten Collateralen vorgingen.

Was die Succession der übrigen entfernteren Seitenverwandten betrifft, so ist als eine Eigenthümlichkeit auch schon des alten Land- und Marschrechts anzuführen, daß die gleich nahe Voll- und Halbgeburt mit einander zur Succession gelangten,

cf. Kurze Nachricht ꝛc. § 1. Falcks Sammlung, Bd. V, p. 481, und Bd. IV, p. 496 ꝛc.

Was sodann

B. den modus succedendi

anbelangt, so hatte die Vertheilung des Nachlasses, wenn

a) lediglich Vollgeschwister, oder nur Vollgeschwister-Kinder und Eltern, oder aber blos Kinder **eines** verstorbenen Vollbruders und **einer** Vollschwester des Erblassers, oder endlich nur Halbgeschwister, resp. die Kinder **einer** Halbschwester oder **eines**

Halbbruders, oder aber Kinder verschiedener Voll= resp. Halbgeschwister, in gleicher Zahl, zur Erbschaft berufen waren, nichts Eigenthümliches. Solches war dagegen der Fall, wenn

b) Vollgeschwister mit Halbgeschwistern,
c) Vollgeschwister=Kinder mit Halbgeschwister=Kindern und
d) Vollgeschwister=Kinder mit Halbgeschwistern, sowie
e) nur Kinder verschiedener verstorbener Voll= oder Halbgeschwister, in ungleicher Zahl,

concurrirten.

Nach dem uns durch das Ober=Amtsgerichts=Urtheil vom 24. April 1568 bezeugten land= und marschrechtlichen Herkommen theilten Voll= und Halbgeschwister und Vollgeschwister=Kinder und Halbgeschwister=Kinder den Nachlaß unter sich nach Kopfzahl, in dem Verhältniß wie 2 zu 1, und succedirten ebenfalls Vollgeschwister=Kinder, wenn sie mit Halbgeschwistern concurrirten, wie von dem Verfasser der Abhandlung über das Land= und Marschrecht berichtet, und durch die oben schon angegebenen Urtheile vom 19. Mai 1615, 19. März 1715 und 5. September 1644 bestätigt wird,

cf. Falcks Samml., Bd. IV, p. 431 u. 32 und p. 492 u. 93,

in capita, wie 2 zu 1.

Wenn nur Kinder verschiedener verstorbener Voll= oder Halbgeschwister von ungleicher Anzahl zur Erbschaft berufen waren, so succedirten selbige nach altem Land= und Marschrecht in stirpes.

Wie der Nachlaß getheilt worden sei, wenn Halbgeschwister und Eltern concurrirten, und zwar ob solchen Falles die Eltern je 2 Theile, die Halbgeschwister aber nur je 1 Theil erhalten haben, ist fraglich. Präjudicate, durch welche diese Frage entschieden worden, giebt es, meines Wissens, nicht. Auch giebt der Verfasser der oft citirten Abhandlung über Land= und Marschrecht in dieser Beziehung keine Auskunft. Der Verfasser der in

Falcks Sammlung, Bd. V, p. 480 ꝛc.

abgedruckten Schrift: „Kurze Nachricht von dem Erbrecht der Voll= und Halbgeschwister ꝛc.“ ist der einzigste, welcher sich hierüber ausspricht. Wenn derselbe aber meint, daß der Nachlaß zwischen Eltern und Halbgeschwistern nach dem Verhältniß wie 2 zu 1 getheilt worden sei, so kann ich ihm darin nicht beipflichten.

Meine Gründe sind folgende:

1) ist dem friesischen Rechte, aus welchem doch die fragliche Theilungsnorm in das Land- und Marschrecht übergegangen sein soll, die Anwendung derselben auf den Fall der Concurrenz von Eltern und Halbgeschwistern ganz unbekannt,

2) wollte man den Eltern doppelt so viel zugestehen, als den Halbgeschwistern, so würde man erstere den Vollgeschwistern gleich stellen, während diese doch nach dem in dieser Periode geltenden Rechte den Eltern vorgingen,

3) wären bis dahin die Halbgeschwister wirklich ungünstiger gestellt gewesen, als die Eltern, so wäre es ganz unerklärlich, wie in dem durch die Ober-Amtsgerichts-Urtel von 1640 entschiedenen Falle der Halbbruder habe verlangen können, der Mutter vorgezogen zu werden.

Meines Erachtens ist daher anzunehmen, daß Eltern und Halbgeschwister den Nachlaß zu gleichen Theilen nach Kopfzahl getheilt haben.

Auch darüber endlich, wie der Nachlaß getheilt worden sei, wenn Eltern, Vollgeschwister-Kinder und Halbgeschwister zusammentrafen, fehlt es an allen Nachrichten. Indessen läßt sich auch ohne solche diese Frage beantworten, und zwar dahin, daß, da die Eltern auf einen Kopftheil ein unbezweifeltes Recht hatten, sie diesen auch erhalten haben werden, und das Uebrige nach Kopfzahl zwischen den Vollgeschwister-Kindern und den Halbgeschwistern nach dem Verhältniß von 2 zu 1 getheilt sein wird.

Wenn mit den Halbgeschwister-Kindern nach altem Land- und Marschrecht die Geschwister des Vaters oder der Mutter ihres parens praedefunctus, wie es, dem Vorbemerkten nach, den Anschein hat, zusammen geerbt haben, so werden sie ohne Zweifel den Nachlaß nach Kopfzahl, und zwar, je nachdem die gedachten Geschwister halb- oder vollbürtig waren, zu gleichen Theilen, oder wie 2 zu 1 getheilt haben. arg. die Ober-Amtsgerichts-Urtel vom 12. Mai 1706, § 10 infr. in fin.

Wie der Nachlaß zwischen Großeltern und Halbgeschwister-Kindern getheilt worden ist, darüber haben wir keine Nachrichten. Erwägt man jedoch, daß die Halbgeschwister-Kinder, als man sie

in der folgenden Periode eine Zeit lang neben Eltern zur Succession zuließ, mit diesen in stirpes succedirten, und ferner, daß die Halbgeschwister in der gegenwärtigen Periode den Nachlaß mit den Eltern zu gleichen Theilen theilten, so dürfte man nicht fehl greifen, wenn angenommen wird, daß die Halbgeschwister-Kinder mit den Großeltern in stirpes nach dem Verhältniß wie 1 zu 1 succedirt haben.

Freilich scheint eine gewisse Anomalie darin zu liegen, daß die Vollgeschwister der Großeltern in Concurrenz mit den Halbgeschwister-Kindern eine doppelte, die näheren Großeltern selbst aber nur eine einfache Erbportion erhielten. Dagegen kommt jedoch in Betracht, daß die Halbgeschwister-Kinder den Großeltern gegenüber nur eine Stammportion, den genannten Collateralen gegenüber aber Kopftheile erhielten.

Daß in dem Falle, wenn lediglich entferntere Collateralen concurrirten, je nachdem sie von halber resp. voller Geburt waren, der Nachlaß in dem Verhältniß wie 1 zu 2 getheilt wurde, ergiebt sich aus dem in der Schrift: „Kurze Nachricht 2c.“ § 1 und Falcks Sammlung, Bd. IV, p. 496 2c. mitgetheilten Erkenntnisse des Ober-Amtsgerichts vom 25. October 1689 (cf. § 4 oben).

§ 7.

Das Resultat und dessen Beurtheilung.

Fassen wir das im Vorhergehenden Vorgetragene kurz zusammen, so ergiebt sich daraus für die erste Periode folgender ordo und modus succedendi nach Land- und Marschrecht:

Es erbten:

in I. Classe

in erster Reihe: die Söhne und Töchter; in Ermangelung derselben, oder bei ihrem etwanigen Wegfall vor Antritt der Erbschaft, also erst

in zweiter Linie: die Enkel, und, aller Wahrscheinlichkeit nach, unter den angegebenen Verhältnissen erst

in dritter Linie: die Urenkel u. s. f.

Die Art und Weise, den Nachlaß zu theilen, wich von den Bestimmungen des gemeinen Rechts nicht ab.

In II. Classe:

1) Vollgeschwister, und neben ihnen
2) auch Halbgeschwister, in Ermangelung von Vollgeschwistern aber ebenfalls
3) die Eltern, wie auch
4) Vollgeschwister-Kinder.

Den Nachlaß theilten Voll- und Halbgeschwister unter sich nach Kopfzahl, wie 2 zu 1, — Halbgeschwister und Eltern ebenfalls nach Köpfen, aber zu gleichen Theilen, — Vollgeschwister-Kinder und Halbgeschwister aber in capita, nach dem Verhältniß wie 2 zu 1; Vollgeschwister-Kinder nnd Eltern aber dergestalt, daß jene eine Stamm-, diese einen Kopftheil erhielten; während, wenn noch Halbgeschwister hinzukamen, die Vertheilung wahrscheinlich in der p. 39 angegebenen Weise geschehen sein wird.

In III. Classe:

1) Vollgeschwister-Kinder, soweit sie nicht schon in der II. Classe zur Perception gekommen, und mit ihnen
2) die Halbgeschwister-Kinder.

Waren bloß verschiedene Vollgeschwister- oder Halbgeschwister-Kinder vorhanden, so succedirten sie bei gleicher Anzahl in capita, sonst aber in stirpes.

Vollgeschwister-Kinder und Halbgeschwister-Kinder erbten, wenn sie zusammen concurrirten, stets nach Kopfzahl, in dem Verhältniß wie 2 zu 1.

In IV. Classe.

1) Halbgeschwister-Kinder, insoweit sie nicht in der vorhergehenden Classe zur Erbschaft gelangt waren, und mit ihnen
2) die Großeltern, sowie in deren Ermangelung,
3) die voll- und halbbürtigen Geschwister des Vaters oder der Mutter des parens praedefunctus der Halbgeschwister-Kinder.

Bei der Concurrenz von Halbgeschwister-Kindern und Großeltern succedirten jene in stirpes, wie 1 zu 1; während erstere mit den sub 3 genannten Anverwandten den Nachlaß nach Köpfen, und zwar je nachdem diese von voller oder halber Geburt waren, resp. wie 2 zu 1, oder zu gleichen Theilen theilten.

In V. Classe:

Die Urgroßeltern und entferntere Seitenverwandte von voller und halber Geburt.

Sie succedirten in capita, und zwar gleich nahe voll- und halbbürtige Collateralen in dem Verhältniß wie 2 zu 1.

Es ergaben sich also für die land- und marschrechtliche Intestaterbfolge während der ersten Periode 5 Classen gegen 4 nach gemeinem Rechte. — Die Berechnung der Verwandtschaftsgrade war, soweit ersichtlich, die römische.

Nachdem wir im Obigen die Intestaterbfolge nach altem Land- und Marschrecht festzustellen bemüht gewesen, und auf solche Weise in den Stand gesetzt worden sind, über das Wesen und den Charakter derselben ein Urtheil zu fällen, wollen wir zunächst in der Kürze die Frage zu beantworten suchen, ob die Successionsordnung nach altem Land- und Marschrecht, wie in den S. H. Anz pro 1846, p. 303 behauptet worden ist, eine Parentelenordnung war.

Wenn auch, was das Sachsenrecht betrifft, die Unerweislichkeit einer s. g. Parentelen- oder Lineal-Gradual-Ordnung, wie sie zuerst von J. Chr. Majer und später von v. Sydow dargestellt worden, von Wasserschleben in seiner Schrift: „Das Princip der Successionsordnung nach deutschem, insbesondere nach sächsischem Rechte", auf das Klarste dargethan worden ist,

cf. Gerber, System des deutschen Privatrechts (7. Auflage) S. 626, Note *,

so ist eine bloße Bezugnahme hierauf, bei der grundsätzlichen Verschiedenheit des Sachsenrechts und des Land- und Marschrechts, zur Erledigung jener Frage doch nicht genügend, sondern ein näheres Eingehen auf die Sache erforderlich.

Bekanntlich soll nach dem s. g. Parentelsystem, oder der Lineal-Gradual-Ordnung immer zuvörderst die Nähe der Parentel, d. h. der durch den nächsten gemeinschaftlichen Stammvater Verbundenen, in jeder Parentel aber die Nähe des Grades entscheiden; und wird die erste Parentel von der eigenen Descendenz gebildet, während in der zweiten die Eltern und die von ihnen abstammen-

den Geschwister- und Geschwister-Kinder des Verstorbenenen stehen, die dritte aber die Großeltern, und mit ihnen diejenigen, welchen der Großvater gemeinschaftlicher Stammvater ist, die vierte endlich die Urgroßeltern und deren Nachkommen umfaßt.

Vergleichen wir nun mit diesem System die im Obigen dargestellte Erbfolgeordnung des alten Land- und Marschrechts, so werden wir finden, daß zwischen beiden eine große Verschiedenheit stattfindet.

Zwar treffen wir das nach der Ansicht von Wasserschleben, l. c. p. 30, eine Parentelenordnung ausschließende Criterium, der Vorzug sämmtlicher Ascendenten vor der Seitenlinie, bei der land- und marschrechtlichen Successionsordnung nicht an, vielmehr gehen die Vollgeschwister, wie wir gesehen haben, den Eltern und Großeltern vor, und mit jenen concurriren die Halbgeschwister, mit diesen aber die Halbgeschwister-Kinder, indessen gerade dadurch unterscheidet sich die Successionsordnung nach Land- und Marschrecht sehr wesentlich von der s. g. Parentelenordnung; indem nämlich nach letzterer die Eltern, Großeltern und Urgroßeltern in den resp. Parentelen, welchen sie angehören, stets die Spitze bilden und vor den mit ihnen zu einer und derselben Parentel gehörenden Verwandten des Verstorbenen zur Erbschaft gelangen, was nach altem Land- und Marschrecht nicht der Fall ist.

Demnach läßt es sich nicht rechtfertigen, die Successionsordnung nach diesem Rechte als eine Parentelenordnung zu bezeichnen.

Die Erbfolgeordnung nach altem Land- und Marschrecht weicht ferner aber auch von der Erbfolgeordnung sowohl des Sachsenspiegels, wonach sich drei, successive zur Erbschaft gelangende Hauptgruppen, nämlich Descendenten, Ascendenten und Seitenverwandte, ergeben,

(cf. Wasserschleben l. c.)

als der des römischen Rechts, welches bekanntlich in zweiter Classe neben Vollgeschwistern und deren Kindern auch die Ascendenten, die Halbgeschwister aber erst in dritter Classe zur Erbschaft beruft, als endlich von der des friesischen Rechts, und zwar von letzterer insofern ab, als nach dieser z. B. die Geschwister-Kinder in die

Stelle ihres verstorbenen parens treten, und Halbgeschwister-Kinder nicht allein, sondern sogar Halbgeschwister-Enkel den Großeltern vorgehen,

cf. resp. Art. XXII und XXVIII cod. jur. fris. boreal.

Es ist daher nicht zu viel behauptet, wenn gesagt wird, daß die Successionsordnung nach altem Land- und Marschrecht sich als eine höchst eigenthümliche darstellt.

§ 8.

Zweite Periode, betreffend den Zeitraum vom 12. Mai 1563 incl. bis zum 25. Januar 1640 excl.

Diejenigen Modificationen, welche das alte Land- und Marschrecht im Laufe der Zeiten erlitten, nehmen mit der Emanirung der Verordnung vom 12. Mai 1563,

C. C. H. I. p 144 2c.,

ihren Anfang.

Durch dieses Gesetz wurde, wie schon im Vorhergehenden bemerkt:

1) der Reichstagsabschied vom 28. November 1521, wornach künftig
   a) die Enkel in Bezug auf den großelterlichen Nachlaß,
   b) die Geschwister-Kinder in Bezug auf den Nachlaß der Geschwister ihres Vaters oder ihrer Mutter

   in die Stelle ihrer verstorbenen Eltern treten sollten,
2) die Reichsconstitution vom 23. April 1529, worin bestimmt wurde, daß, wenn Jemand intestatus versterbe, und weder Bruder noch Schwester, sondern nur Bruder- oder Schwester-Kinder in ungleicher Zahl hinterlasse, diese in capita succediren sollen,

wie für das Herzogthum Holstein überhaupt, so insbesondere für die Cremper- und Wilster-Marsch, als Norm publicirt.

Die Folge hiervon war:

A. für die Succession der Descendenten, daß selbige nunmehr mit den Grundsätzen des gemeinen Rechts in Uebereinstimmung trat, die bisherigen Eigenthümlichkeiten des Land- und Marschrechts in dieser Beziehung mithin wegfielen,

B. für die Succession der in der zweiten Classe zur Erbschaft Berufenen aber die:

1) daß die Geschwister-Kinder nunmehr mit den Geschwistern eines Verstorbenen zugleich erbten,
2) daß der Nachlaß eines Verstorbenen, wenn lediglich Geschwister-Kinder dazu concurrirten, nicht mehr nach Stämmen, sondern nach Köpfen unter dieselben vertheilt wurde.

Wie letzteres sowohl auf die halbe, als die volle Geburt Anwendung leidet, so muß auch angenommen werden, daß das s. g. Repräsentationsrecht nicht bloß den Vollgeschwister-Kindern, sondern auch den Halbgeschwister-Kindern durch die Verordnung vom 12. Mai 1563 hat verliehen werden sollen.

Also scheint man denn auch, wenigstens hinsichtlich der Concurrenz von Halbgeschwister-Kindern mit Halbgeschwistern, resp. mit Eltern, die Sache während des größten Theils der gegenwärtigen Periode aufgefaßt zu haben. In einer Urtel des Wilsterschen Loddings vom 30. October 1599,

Falcks Sammlung, Bd. IV, p. 491,

ist nämlich ausgesprochen, „daß nach gebräuchlichem Marschrecht Halbschwester- und Halbbrüder-Kinder in ihrer Eltern Stelle treten und mit Halbschwestern und Halbbrüdern in die Stämme erben sollen," und in einer, das Erkenntniß desselben Loddings vom 12. Mai 1600 bestätigenden Gödingsurtel vom 31. Mai s. J.,

Falcks Sammlung eod.,

heißt es, „daß, weil Halbschwester und Halbbruder erbten, auch Halbschwester- und Halbbruder-Kinder, an ihrer Eltern Statt, mit der leiblichen Mutter zu succediren berechtigt seien."

Ob die Halbgeschwister-Kinder in gleicher Weise auch mit Vollgeschwistern zur Erbschaft zugelassen worden sind, ist weniger klar, und liegt in dieser Hinsicht nichts weiter vor, als daß in einem, unten noch näher zu erwähnenden Falle aus dem Jahre 1625, zwar durch ein untergerichtliches, aber in höherer Instanz nicht bestätigtes Erkenntniß den Halbgeschwister-Kindern das Recht zuerkannt wurde, mit dem mitconcurrirenden Vollbruder zu succediren.

Mag nun aber auch die Ansicht, daß die Halbgeschwister-Kinder

nicht nur mit Halb-, sondern auch mit Vollgeschwistern zu succediren berechtigt, bis zum Jahre 1625 wirklich die herrschende gewesen sein, so trat doch gegen das Ende dieser Periode ein wesentlicher Umschwung in dieser Beziehung ein, und gelangte die, unverkennbar unter dem Einfluß des sächsischen Rechts entstandene, Ansicht, daß den Halbgeschwister-Kindern das Repräsentationsrecht nicht zustehe, zur Geltung, wie sich dies aus den nachstehenden Präjudicaten unzweifelhaft ergiebt:

1) Von dem Ober-Amtsgericht wurde unterm 19. Mai 1615 erkannt, daß die mit Vollschwester-Kindern und einem Halbbruder concurrirenden Halbbrüder- und Halbschwester-Kinder, „als die einen Grad in der Sippschaft weiter", von dem Nachlasse des defcti. auszuschließen seien,

Falcks Sammlung, Bd. IV, p. 492.

2) Von demselben Gerichte wurde die oben schon erwähnte Marschurtel vom 17. Mai 1625, durch welche den Halbbrüder-Kindern das Recht, mit einem Vollbruder zu erben, zugesprochen worden war, dahin reformirt, daß die Halbbrüder-Kinder, weil sie, nach sächsischem Rechte, ihren Vater nicht repräsentirten, und deshalb an seiner Stelle nicht Erbe nehmen könnten, von der Erbschaft auszuschließen seien, auch hinzugefügt, daß J. K. M. Unterthanen hinfüro und inskünftige sich hiernach in gleichmäßigen Fällen zu richten hätten, dieser Urtel mithin vis sanctionis pragmaticae beigelegt,

cf. Falcks Sammlung, Bd. IV, p. 493 u. 94 und
C. C. Hols. I. p. 151 u. 52.

3) In Uebereinstimmung hiermit erkannte das Wilstersche Lodding am 5. September 1633, daß die Vollbrüder und Vollbrüder-Kinder in des defcti. Nachlaß succediren, die Halbbrüder-Kinder aber davon ausgeschlossen sein sollten,

Falcks Sammlung, Bd. IV, p. 494.

Diese drei Erkenntnisse berühren übrigens die Frage überall nicht, ob die Halbgeschwister-Kinder auch dem Vater oder der Mutter eines Verstorbenen gegenüber nicht mehr als berechtigt anzusehen, in die Stelle ihrer Eltern zu treten, und betrifft das

Erkenntniß vom 17. Mai 1625 auch nicht speciell die Frage, ob die Halbgeschwister-Kinder nicht mehr für befugt zu erachten, mit Halbgeschwistern zu succediren. Da jedoch, wie auch vom Verfasser der „Kurzen Nachricht von dem Erbrecht der Voll- und Halbgeschwister ꝛc.“ § 6,

cf. Falcks Sammlung, Bd. V, p. 485 u. 86,

bemerkt wird, die ratio decidendi in sententia vom 17. Mai 1625 eine generale ist, so wird anzunehmen sein, daß seit der Publication der gedachten Ober-Amtsgerichts-Urtel bis zum 25. Jan. 1762 hin, die Halbgeschwister-Kinder, als des Repräsentationsrechts entbehrend, nicht mehr mit Halbgeschwistern, und ebenso mit den Eltern nicht mehr zur Succession zugelassen worden sind. Auf die Concurrenz der Halbgeschwister-Kinder mit Vollgeschwister-Kindern scheint indeß der Umstand, daß man jenen das Repräsentationsrecht nicht mehr zugestand, keinen Einfluß geäußert zu haben,

cf. Erkenntniß des Cremper Loddings vom 21. Aug. 1664, in Sachen Trinke Mohrs wider Marten Borgers und Johann Wulff, dahin lautend, daß Halbschwester-Kinder halb so viel als Vollschwester-Kinder haben sollten,

Falcks Sammlung, Bd. IV, p. 490.

Die Veränderungen des ordo succedendi am Schlusse dieser Periode beschränken sich demnach darauf, daß sowohl den Descendenten, als den Vollgeschwister-Kindern das Repräsentationsrecht zustand.

Wie in Folge dessen die Enkel und Urenkel ꝛc. nunmehr mit den Kindern zusammen erbten, so succedirten auch die Vollgeschwister-Kinder anjetzo mit den Vollgeschwistern und rückten also aus der dritten in die zweite Classe auf. Dadurch wurde aber zugleich bewirkt, daß die mit ihnen zusammen erbenden Halbgeschwister-Kinder alsdann, wenn keine Vollgeschwister, Halbgeschwister und Eltern vorhanden waren, mit den Vollgeschwister-Kindern schon in der zweiten Classe zur Succession gelangten.

Aus dem den Vollgeschwister-Kindern eingeräumten Repräsentationsrechte ergab sich übrigens noch als weitere Folge die Aus-

schließung der Eltern; denn traten sie, auf Grund solchen Rechtes, in die Stelle ihres parens, und würde dieser, wenn er am Leben gewesen wäre, unbestritten die Eltern ausgeschlossen haben, so mußte dies nothwendig auch von den ihn repräsentirenden Kindern gelten.

Was sodann die Veränderungen in dem modus succedendi betrifft, so ist, außer der schon erwähnten anderweitigen Vertheilung des Nachlasses zwischen Geschwister-Kindern, in Gemäßheit der durch die allegirte Verordnung publicirten Reichsconstitution vom 23. April 1529, hier noch als ein durch die Einführung des Repräsentationsrechts der Geschwister-Kinder bewirktes novum anzuführen, die Art und Weise, den Nachlaß zwischen Vollgeschwistern, Halbgeschwistern und Vollgeschwister-Kindern, welche letztere bis zur Emanirung der Verordnung vom 12. Mai 1563 nicht mit den Vollgeschwistern hatten concurriren können, zu vertheilen.

Die Vollgeschwister hatten, wie der Verfasser der Abhandlung über Land- und Marschrecht,

Falcks Sammlung, Bd. IV, p. 432,

bemerkt, gegen die Geschwister-Kinder das Recht, in capita zu erben, während letztere nur in stirpes succedirten. Es trat demnach zuvörderst eine successio in stirpes ein, und wurde der Nachlaß, wenn z. B. ein Vollbruder, ein Halbbruder und die Kinder eines verstorbenen Vollbruders concurrirten, dergestalt getheilt, daß der Vollbruder $^2/_5$ erhielt, die Stammportion der Vollgeschwister-Kinder und der Erbtheil des Halbbruders aber von resp. $^2/_5$ und $^1/_5$ mit zusammen $^3/_5$ unter ihnen nach Kopfzahl, in dem Verhältniß wie 2 zu 1 zur Vertheilung kamen *).

Weitere **) Modificationen des ordo und modus succedendi sind für diese Periode nicht zu registriren.

---

*) Die abweichende Ansicht von Professor Paulsen, cf. S. H. Anzeigen pro 1848, p. 86 rc., wird später ihre Berücksichtigung finden.

**) In dem Falle, welcher durch die Ober-Amtsgerichts-Urtel vom 25. Januar 1640 entschieden wurde, verlangte ein Halbbruder des defcti. der Mutter desselben vorgezogen zu werden, und wurde ihm auch in erster sowohl, als zweiter Instanz dieses Vorzugsrecht zugesprochen. — Hiernach sollte man fast glauben, daß sich im Laufe der vorliegenden Periode bei

§ 9.

Dritte Periode, vom 25. Januar 1640 incl. an, bis zum 25. Juni 1625.

Durch die Ober-Amtsgerichts-Urtel vom 25. Januar 1640 wurde erkannt, daß die klagende Mutter in ihrer verstorbenen Kinder Erbschaft dem beklagten halbbürtigen Bruder vorzuziehen, und ward zugleich verfügt, daß dieser Urtel „tanquam Pragmaticae Sanctioni hinferner in judicando nachgegangen werden solle“,

(C. C. H. I. p. 152).

Durch dieses Erkenntniß, in Verbindung mit dessen Declaration vom 14. Februar 1648 *) (C. C. H. I. p. 153) war also den Eltern ein Vorzugsrecht, welches sie den Halbgeschwister-Kindern gegenüber schon genossen (§ 8), auch im Verhältniß zu den Halbgeschwistern eingeräumt. Dieses Vorzugsrecht konnte aber doch bis zum Schlusse der gegenwärtigen Periode, so lange noch die Vollgeschwister den Eltern vorgingen, nur dann sich wirksam zeigen, wenn die Eltern mit Halbgeschwistern allein concurrirten, nicht aber, wenn sie zugleich mit Vollgeschwistern oder deren Kindern zusammentrafen. Denn wenn man annehmen wollte, daß die Eltern auch in dem letzteren Falle die Halbgeschwister ausgeschlossen hätten, so wäre ihnen damit doch noch nicht zur Succession verholfen, indem die Eltern, nachdem sie die Halbgeschwister zurückgedrängt, selbst wieder von den Vollgeschwistern und deren Kindern excludirt worden wären.

---

den Untergerichten eine, den Halbgeschwistern im Verhältniß zu den Eltern, denen sie nach dem oben angezogenen Erkenntniß des Wilsterschen Lobdings vom 12. Mai 1600 doch nur gleichstanden, günstigere Rechtsansicht entwickelt hätte. In Ermangelung sonstiger desfälliger Zeugnisse habe ich jedoch Bedenken getragen, eine derartige Modification der Successionsordnung während der zweiten Periode im Texte mit anzuführen.

*) Das einzige Neue, was die Declaration enthält, ist, daß darin gesagt wird, daß die Halbgeschwister nicht mit den „Eltern“ — was sich übrigens nach dem Ober-Amtsgerichts-Urtheil vom 25. Januar 1640, obwohl darin nur von der Mutter die Rede, von selbst verstand — concurriren sollten.

Hiernach wird also jene Präferenz der Eltern, für die vorliegende Periode mindestens, auf den Fall zu beschränken sein, daß sie mit Halbgeschwistern allein concurrirten. Wenn daher der Verfasser der Abhandlung über das Land- und Marschrecht meint, daß in Folge der Ober-Amtsgerichts-Urtel vom 25. Januar 1640 die Halbgeschwister im Falle der Concurrenz mit Eltern und Vollgeschwistern ausgeschlossen worden seien,

cf. Falcks Sammlung, Bd. IV, p. 427,

so kann dieser Ansicht nicht beigepflichtet werden.

Was die Frage betrifft, ob den höher stehenden Ascendenten dieselben Rechte beigelegt worden, als den Eltern, so ist dieselbe schon oben im § 6 bei einer anderen Veranlassung berührt, und daselbst verneint worden. — Es kann zugegeben werden, daß, indem der Ober-Amtsgerichts-Urtel vom 25. Januar 1640 vis sanctionis pragmaticae beigelegt wurde, die Intention auch darauf gerichtet gewesen, die höher stehenden Ascendenten eines gleichen Vorzugs vor den Halbgeschwistern, als den Eltern eingeräumt wurde, theilhaftig zu machen; daß die Sache aber in praxi anders aufgefaßt worden sein müsse, beweist die authentische Interpretation vom 9. Mai 1796 wodurch, wie oben im § 4 sub B, 4, b schon bemerkt, bestimmt wurde, daß unter den, resp. in dem Erkenntnisse des Ober-Amtsgerichts vom 25. Januar 1640 und dessen Declaration vom 16. Februar 1648 vorkommenden Ausdrücken „Mutter" und „Eltern" auch Großeltern und andere Descendenten zu verstehen seien.

Bei dem Fehlen gegentheiliger positiver Nachrichten sind wir daher anzunehmen gemüßigt, daß das Verhältniß der Großeltern ꝛc. zu den Halbgeschwistern in erbrechtlicher Beziehung unverändert geblieben, und würde sich demnach die Modification der Intestaterbfolge nach Land- und Marschrecht während der vorliegenden Periode darauf reduciren, daß, in Ermangelung von Vollgeschwistern und Vollgeschwister-Kindern, die mit Halbgeschwistern allein concurrirenden Eltern jene nunmehr ausschlossen.

§ 10.
Vierte Periode, von der Erlassung der Sanctio pragmatica vom 25. Juni 1652 incl. an, bis zur Emanirung der Verordnung vom 25. Januar 1762 excl.

Durch die pragmatische Sanction vom 25. Juni 1652, mit der die gegenwärtige Periode beginnt, wurde die althergebrachte Gewohnheit des Land- und Marschrechts, wornach die Eltern von der Erbschaft ihrer leiblichen Kinder durch deren überlebende Vollgeschwister ausgeschlossen wurden, als „der natürlichen Billigkeit und der gesunden Vernunft zuwiderlaufend" aufgehoben, und bestimmt, daß künftig die Eltern in der Verlassenschaft ihres verstorbenen Kindes mit dessen vollbürtigen Brüdern und Schwestern nach Verordnung der kaiserlichen Rechte succediren und Erbtheil nehmen sollten,

Corp. Const. Hols. II. p. 80 2c.

Diese Gleichstellung der Eltern mit den Vollgeschwistern soll, nach der Ansicht des Verfassers der mehrfach allegirten Schrift „Erörterung der Frage, ob Halbgeschwister-Kinder 2c.",

Falcks Sammlung, Bd. IV, p. 495,

die Ausschließung der Vollgeschwister-Kinder, und nach der Meinung des Verfassers der „Kurze Nachricht von dem Erbrecht der Voll- und Halbgeschwister 2c." betitelten Abhandlung, auch die Ausschließung der Halbgeschwister im Falle der Concurrenz mit Eltern und Vollgeschwistern durch die Ersteren zur Folge gehabt haben,

cf. Falcks Sammlung, Bd. V, p. 483.

Suchen wir zuvörderst die Consequenzen, welche sich in Bezug auf die Succession der Vollgeschwister Kinder in dem Verhältniß zu den Eltern aus der pragmatischen Sanction vom 25. Juni 1652 ergaben, festzustellen, so kommt dabei wesentlich in Betracht, wie die Vollgeschwister-Kinder vor der Erlassung jener Verfügung in erbrechtlicher Beziehung zu den Eltern gestellt waren.

Schlossen sie, wie im Vorhergehenden ausgeführt, die Eltern bis zum Beginne der vorliegenden Periode aus, so konnte augenscheinlich aus der gedachten pragmatischen Sanction nun nicht mit einem Male eine Ausschließung der Vollgeschwister-Kinder selbst

durch die Eltern, sondern nichts weiter, als eine Gleichstellung beider resultiren.

Setzen wir aber voraus, daß die Vollgeschwister-Kinder bisher zugleich mit den Eltern geerbt hatten, so wurde dieses Verhältniß durch die pragmatische Sanction vom 25. Juni 1652 gar nicht berührt, und blieb dasselbe daher unverändert bestehen.

Gehen wir aber endlich von der, freilich unbegründeten Voraussetzung aus, daß die Eltern bereits vor Erlassung der pragmatischen Sanction qu. den Vollgeschwister-Kindern vorgingen, letztere also schon vorher von den Eltern ausgeschlossen waren, so konnten sie es durch jene Verfügung nicht erst werden.

Man mag also das Successionsverhältniß der Vollgeschwister-Kinder zu den Eltern bis zum Schlusse der dritten Periode sich construiren wie man will, in keinem Falle konnte die Folge der pragmatischen Sanction vom 25. Juni 1652 die sein, daß die Eltern nunmehr die Vollgeschwister-Kinder ausschlossen.

Wollte man dies annehmen, so würde es auch an einer Erklärung dafür fehlen, wie die Vollgeschwister-Kinder dazu gelangt sind, in neuester Zeit mit den Eltern zusammen zu erben, da weder durch Präjudicate eine Gewohnheit, wodurch jenes Vorzugsrecht aufgehoben worden ist, bezeugt wird, noch auch ein Gesetz existirt, welches die Gleichstellung der Vollgeschwister-Kinder mit den Eltern speciell anordnete.

Es wird demnach nur angenommen werden können, entweder daß die Vollgeschwister-Kinder, trotz der pragmatischen Sanction vom 25. Juni 1652, den Eltern gleich gestellt blieben, oder aber, daß in Folge der Erlassung derselben die Eltern ihnen gleich gestellt wurden, während jedoch der letzteren Alternative, nach den obigen Ausführungen, der Vorzug wird eingeräumt werden müssen.

Was sodann die Frage betrifft, wie sich in Folge der mehrgedachten Sanctio pragmatica das Successions-Verhältniß der Halbgeschwister concurrirenden Eltern und Vollgeschwistern *) gegenüber, gestaltet habe, so ist zunächst daran zu erinnern, daß nach dem in

*) Was von den Vollgeschwistern gilt, gilt selbstverständlich auch von den Vollgeschwister-Kindern.

§ 9 desfalls Bemerkten die Halbgeschwister noch bis zum Schlusse der dritten Periode, wenn sie mit Eltern und Vollgeschwistern zusammen trafen, nicht ausgeschlossen wurden, die Eltern vielmehr wegen der Concurrenz der sie ausschließenden Vollgeschwister zurückstehen mußten.

Ob nun bei dieser Sachlage die durch die pragmatische Sanction vom 25. Juni 1652 erfolgte Gleichstellung der Eltern mit den Vollgeschwistern mit Nothwendigkeit die Ausschließung der mit concurrirenden Halbgeschwister herbeiführen mußte und auch wirklich herbeigeführt habe, das wird hier näher zu untersuchen sein.

Wenden wir uns zunächst zur Beantwortung des ersten Theils obiger Frage, so ergiebt sich von selbst, daß, wenn die Ausschließung der Halbgeschwister im angegebenen Falle als eine nothwendige Consequenz der Gleichstellung der Eltern mit den Vollgeschwistern bezeichnet werden soll, dieselbe sich als die rechtlich einzig mögliche und zulässige darstellen muß. Dies dürfte hier aber nicht zutreffen. Erwägt man nämlich

1) daß die Halbgeschwister, den Vollgeschwistern gegenüber, nach Land- und Marschrecht von jeher auf eine gewisse Erbquote einen unbestrittenen Anspruch hatten,
2) daß dieses Rechtsverhältniß durch die pragmatische Sanction vom 25. Juni 1652 nicht berührt, durch selbige also nicht alterirt wurde, es vielmehr in dem Falle, welcher zu ihrer Erlassung den Anstoß gab, sich nur um die Concurrenz von Vollgeschwistern mit der Mutter allein handelte *),
3) daß es weder in den Worten, noch in der Intention der

*) Der introitus lautet also: Wir Friedrich der Dritte rc. Entbieten allen und jeden Einwohnern und Eingesessenen Unser Cremper- und Wilster-Marsch Unser Königl. Gnade hiemit zu wissen fügend, daß Uns von Unsern Statthalter, Landrath, Canzler und Räthen den 9 verflossenen Monats Martii dieses 1652 Jahres umbständlich und unterthänigst referiret worden, welchermaaßen bei damahls angegangenen Ober-Amt-Gericht in Puncto successionis ab intestato eine Sache aus der Wilster-Marsch fürgekommen, da der leibliche Sohn die leibliche Mutter von der verstorbenen leiblichen resp. Tochter und Schwester Erbschaft gänzlich excludiren wollen rc.

Sanctio pragmatica lag, die Rechte der Eltern den Halbgeschwistern gegenüber zu erweitern, und sie im Falle der Concurrenz mit Voll- und Halbgeschwistern besser zu stellen, als erstere, sowie endlich

4) daß die Eltern nach dem damals geltenden Rechte nur dann, wenn sie mit Halbgeschwistern allein zusammentrafen, diesen vorgezogen zu werden verlangen konnten, während sie in dem Falle, daß auch Vollgeschwister concurrirten, an dem Nachlasse gar nicht mit participirten,

so scheint die Annahme berechtigt zu sein, daß die durch die Sanctio pragmatica vom 25. Juni 1625 erfolgte Gleichstellung der Eltern mit den Vollgeschwistern nur dazu habe führen können, daß sie in Concurrenz mit diesen und Halbgeschwistern dieselbe Erbportion erhielten, als die Vollgeschwister, so daß also, wenn der Verstorbene z. B. seinen Vater, einen Vollbruder und einen Halbbruder hinterlassen hatte, der Vater und der Vollbruder jeder $^{2}/_{5}$, der Halbbruder aber $^{1}/_{5}$ des Nachlasses bekam.

Der Verfasser der Abhandlung „Kurze Nachricht von dem Erbrecht der Voll- und Halbgeschwister ꝛc. im Amte Steinburg“ nimmt nun freilich, wie schon bemerkt, an, daß nach Erlassung der pragmatischen Sanction vom 25. Juni 1652, und der Verfasser der Abhandlung über das Land- und Marschrecht sogar, daß schon nach Publicirung der Ober-Amtsgerichts-Urtel vom 25. Jan. 1640 die Eltern die Halbgeschwister auch dann ausgeschlossen, wenn sie mit diesen und Vollgeschwistern concurrirten. Beide führen jedoch zur Begründung ihrer Behauptungen keine Präjudicate an, wogegen die im Vorstehenden entwickelte Ansicht — und damit gehen wir zur Beantwortung des zweiten Theils der obigen Frage über — durch verschiedene acta extrajudicialia wie präjudicata unterstützt wird.

Wie sich nämlich aus den Acten des Cremper-Marsch-Landschreiberei-Archivs ergiebt, wurde in einem Falle aus dem Königsmoor vom 30. März 1743, in welchem 3 Halbbrüder und 4 Halbschwestern mit 2 Vollbrüdern und der Mutter der Verstorbenen, einer Ehefrau Bröcker, zu deren Verlassenschaft concurrirten, diese

so getheilt, daß die Mutter und die beiden Vollbrüder gleichviel und das Doppelte dessen erhielten, was die Halbgeschwister bekamen.

In gleicher Weise wurde unterm 9. November 1754 der Nachlaß des weiland Jasper Mohr in Süderau, wozu die Mutter, 2 Vollschwestern und 2 Halbbrüder nebst einer Halbschwester desselben concurrirten, getheilt.

Und in einer Streitsache aus der Herrschaft Breitenburg zwischen Harm Jarren aus Itzehoe und Johann Koops von der Herfarth, tut. noie. der Halbbrüder und Halbbrüder-Kinder des weiland Hans Hinz, Klägern contra Sielcke Hinz und Cord Hinz et Cons., als Mutter und Vollgeschwister des defcti., Beklagten, in puncto successionis ab intestato, wurde zunächst vom Breitenburger Ding und Recht am 7. October 1765 erkannt, daß Kläger von der Erbschaft qu. secundum stirpes 1 Pfenning, Beklagte aber 2 Pfenninge zu erheben berechtigt, und solches Erkenntniß demnächst, auf gegebene Veranlassung, von dem Cremper Lodding am 19. November 1765 und eodem vom Göding, sowie am 24. Juli 1766 vom Ober-Amtsgericht bestätigt *).

Diese Entscheidungen gehören zwar nicht dieser, sondern erst der nächstfolgenden Periode an; da jedoch durch die Verordnung vom 25. Januar 1762 die Intestaterbfolge der Halbgeschwister im Verhältniß zu den Eltern und Vollgeschwistern gar nicht berührt wurde, dieselbe vielmehr nur die Halbgeschwister-Kinder kraft des diesen verliehenen Repräsentationsrechts den Halbgeschwistern gleich stellte, in dem betreffenden Falle auch lediglich darüber Streit herrschte, ob die Halbgeschwister-Kinder an ihrer verstorbenen Eltern Statt mit erben könnten, so ist eine Bezugnahme auf jene Erkenntnisse hier gerechtfertigt, und wird durch selbige, in Verbindung mit den angeführten gerichtlichen Erbtheilungen die Annahme begründet, daß die Halbgeschwister in Folge der pragmatischen Sanction vom 25. Juni 1652 durch die nebst Vollgeschwistern concurrirenden Eltern nicht excludirt worden seien.

Freilich ist nicht zu läugnen, daß die Zulassung der Halb-

---

*) Die desfälligen Acten befinden sich in dem Archive des herzoglich holsteinischen Obergerichts in Glückstadt.

geschwister zur Erbschaft in obigem Falle eine Abweichung von dem oben, im § 6 erwähnten Princip enthält, dies kann jedoch hier, wo es sich nur darum handelt, die herrschende Rechtsansicht zu documentiren, den angeführten unzweifelhaften desfälligen Zeugnissen gegenüber nicht weiter releviren.

Demnach wird die Modification in der Succession der in zweiter Classe zur Erbschaft Berufenen für diese Periode darauf zu beschränken sein, daß nunmehr auch die Eltern mit Vollgeschwistern und Vollgeschwister-Kindern, ohne jedoch etwa concurrirende Halbgeschwister auszuschließen, zusammen erbten, und hinsichtlich der Participirung an dem Nachlasse den Vollgeschwistern gleich gestellt waren.

Wäre die Ansicht des Verfassers der Abhandlung: „Erörterung der Frage, ob in der Cremper- und Wilster-Marsch Halbgeschwister-Kinder gleich nahe zur Erbschaft seien mit Vollgeschwister-Kindern," richtig, so müßte für die gegenwärtige Periode allerdings auch die Modification angenommen werden, daß die Halbgeschwister-Kinder nicht mehr in der zweiten Classe zur Succession gelangten. — Er schließt nämlich seine Erörterung mit folgenden Worten:

„So ist wohl kein Zweifel, daß durch die Vollgeschwister-Kinder in der Cremper- und Wilster-Marsch von der Erbschaft ausgeschlossen werden die Halbgeschwister-Kinder. Zwar ist eine specialiter auf diesen casum gehende Urtel nicht bekannt; allein es folget nothwendig aus denen angeführten Urteln, denn

1) sollen nur Vollbrüder und Vollschwestern mit der Mutter erben, Vollgeschwister-Kinder aber und Halbgeschwister von der Mutter ausgeschlossen werden, so werden Vollgeschwister-Kinder und Halbgeschwister in gleichem Grad gehalten,
2) soll nach der Urtel vom 19. März 1715 der Halbbruder 1 Pfenning, und Vollschwester-Kinder nach Kopfzahl 2 Pfenninge nehmen, die Halbschwester-Kinder aber ausgeschlossen sein, weil sie einen Grad weiter, so sind letztere nicht gleich nahe mit Vollgeschwister-Kindern, welche nach Kopfzahl zur Erbschaft kommen."

Diese Argumentation ist jedoch, wie oben bereits angedeutet worden, nicht stichhaltig, denn

a) ist nirgends ausgesprochen, daß Vollgeschwister-Kinder nicht mit der Mutter succediren, und was die Halbgeschwister betrifft, so werden sie eben nur dann, wenn sie allein mit den Eltern zusammentreffen, von letzteren ausgeschlossen,

b) wenn bei der Concurrenz von Halbgeschwistern und Voll- und Halbgeschwister-Kindern letztere auch während der vorliegenden Periode zurückstehen mußten, weil, wie schon bemerkt, ihnen das Repräsentationsrecht nicht mehr eingeräumt wurde, so geht doch aus dem von dem genannten Verfasser allegirten Erkenntnisse des Cremper Loddings vom 21. August 1664 deutlich hervor, daß Halbgeschwister-Kinder, wenn sie nur mit Vollgeschwister-Kindern concurrirten, mit zur Erbschaft gelangten.

In dieser Beziehung kann daher eine Veränderung in der Intestaterbfolge für diese Periode nicht angenommen werden. Als eine solche ist aber in Bezug auf die Succession in der dritten Classe anzuführen, daß nach dem in der Abhandlung: „Kurze Nachricht ꝛc." citirten Erkenntnisse des Ober-Amtsgerichts vom 12. Mai 1706,

Falcks Sammlung, Bd. V, p. 487,

die Vater-Vollgeschwister-Kinder des defuncti mit Halbgeschwister-Kindern desselben zur Erbschaft zugelassen wurden und mit ihnen den Nachlaß nach Kopfzahl zu gleichen Theilen theilten.

Die Admittirung der Ersteren war eine Folge der Anwendung des sachsenrechtlichen Grundsatzes wegen Zurücktretens der halben Geburt; aus gleichem Grunde hätte denn aber auch Vaters-Vollgeschwister des Erblassers mit dessen Halbgeschwistern zur Erbschaft zugelassen werden müssen, was indessen, wie die Entscheidungen des Cremper Gödings vom 30. August 1719 und des Ober-Amtsgerichts vom 26. März 1727 zeigen, nicht geschah, indem vielmehr den Halbgeschwistern der Vorzug eingeräumt wurde.

§ 11.

Fünfte Periode, vom 25. Januar 1762 incl. an, bis zum 9. Mai 1796 incl.

Diese Periode beginnt mit der Emanirung der Verordnung

wie es wegen des im Sachsenrechte vorgeschriebenen Zurücktretens der halben Geburt, und überhaupt in Ansehung des der vollen und halben Geburt zustehenden Erbrechts im Herzogthum Holstein, Königlichen Antheils, und besonders in den Cremper- und Wilster-Marschen, zu verhalten sei, vom 25. Januar 1762,

(Chr. Samml. der V. O., p. 1)

und schließt mit dem Patent vom 9. Mai 1796, worin es heißt, daß verschiedene über den Sinn und die Absicht des im Corp. Const. Reg. Hols., Tom I, p. 152 rc. enthaltenen, in vim sanctionis pragmaticae abgesprochenen Urtheils des holsteinischen Ober-Amtsgerichts vom 25. Januar 1640 wegen des Vorzugs der Eltern in ihrer eheleiblichen Kinder Erbschaft vor den halbbürtigen Geschwistern derselben, und dessen Declaration und Extension vom 14. Februar 1648 entstandene Zweifel und Rechtshändel Anlaß gegeben, daß Ihre Königl. Majestät sich allergnädigst bewogen gefunden, gedachte Urtheile unterm 29. Januar 1796 dahin authentisch zu interpretiren,

„daß der in dem Ober-Amtsgerichts-Urtheil vom 25. Januar 1640 vorkommende Ausdruck: „Mutter", sowie der in dessen Declaration und Extension vom 14. Februar 1648 gebrauchte von Eltern, auch Großeltern und andere Ascendenten begreife, und selbige darunter mit zu verstehen seien",

wobei hinzugefügt wird, daß diese authentische Interpretation demnach überall, wo gedachte Ober-Amtsgerichts-Urtheile gesetzliche Kraft hätten, zur Vorschrift dienen solle.

Ungefähr in der Mitte zwischen diesen beiden Verfügungen liegt die Bekanntmachung vom 9. November 1773, welche besagt, daß einer von dem Ober-Amtsgerichte bewirkten unmittelbaren Resolution zufolge, an den Orten, wo das Land- und Marschrecht gelte, künftig zur Richtschnur angenommen werden, mithin nunmehr ausgemachten Rechtens sein solle, daß, wenn künftig ein leiblicher Vater, oder eine leibliche Mutter, mit Voll- und Halbgeschwistern zu einer Erbschaft concurrirten, die Theilung solchergestalt vorzunehmen sei, daß der Vater oder die Mutter, die, wenn sie allein vorhanden, die Halbgeschwister unstreitig ausschlössen, den ihnen von der ganzen Verlassenschaft beikommenden Antheil, als wenn die

halbe Geburt nicht da wäre, vorausnähmen, während der übrige Theil der Erbschaft zwischen der vollen und halben Geburt nach Land- und Marschrecht getheilt werde,

cf. Chr. S. d. V. O., p. 90.

Was nun den Inhalt der Verordnung vom 25. Januar 1762 betrifft, so ist derselbe im Wesentlichen folgender:

Nachdem im Eingange bemerkt, daß in den Districten Königl. Antheils, wo das alte Sachsenrecht gelte, über die Anwendung des darin verordneten Zurücktretens der halben Geburt bisher in vorgekommenen Erbfällen, bei Richtern sowohl, als Parteien, erhebliche Zweifel entstanden seien, und diese Ungewißheit nicht selten, besonders in den Cremper- und Wilster-Marschen *), geldsplitternde

---

*) Da der Grundsatz des sächsischen Rechts wegen des Zurücktretens der halben Geburt dem Land- und Marschrechte an sich fremd ist, so muß es sehr auffallen, wenn im Eingange der Verordnung gesagt wird, daß besonders in der Cremper- und Wilster-Marsch in dieser Hinsicht Ungewißheit herrsche. Offenbar beruht dies auf einer Verwechselung mit der Meinungsverschiedenheit, welche sich in Betreff der Frage, ob den Halbgeschwister-Kindern das Repräsentationsrecht zustehe, im Laufe der Zeit kund gegeben. Von Fällen aus den gedachten Marschen, in denen die Anwendung jenes Grundsatzes streitig gewesen, ist, außer dem in § 7 der Schrift: „Kurze Nachricht 2c." angeführten aus dem Jahre 1706, nichts bekannt, und können daher desfällige Processe in der Cremper- und Wilster-Marsch nicht wohl als die äußere Veranlassung der Emanirung der Verordnung angesehen werden. Wie aus der ganzen Fassung des Gesetzes denn auch unschwer zu erkennen, und aus den dasselbe betreffenden Acten im Archive des holsteinischen Obergerichts sich auf das Bestimmteste ergiebt, war die Verordnung von vornherein gar nicht mit auf die Cremper- und Wilster-Marsch oder das Gebiet des Land- und Marschrechts, sondern lediglich auf diejenigen Districte berechnet, in denen das Sachsenrecht gilt. In dem von der damaligen deutschen Kanzlei dem Obergerichte zur Begutachtung mitgetheilten Gesetzentwurfe fehlen daher sämmtliche, die Wilster- und Cremper-Marsch speciell betreffenden Bestimmungen und in dem Begleitschreiben der Kanzlei wird auch nicht, um die Erlassung des Gesetzes zu motiviren, auf Streitigkeiten in Betreff der Anwendung jenes Grundsatzes, die in der Cremper- und Wilster-Marsch vorgekommen, Bezug genommen, sondern auf Fälle der Art aus

Processe und wider einander laufende Erkenntnisse nach sich gezogen habe, wird zur Abhülfe dessen bestimmt:

§ 1. Daß in den Fällen, worauf sich das jus repraesentationis, oder das Erbrecht in Stammtheile, den gemeinen kaiserlichen Rechten nach erstreckte, nach Maßgabe und Anleitung der zu Nürnberg im Jahre 1521 publicirten Reichsconstitution, die Vorschrift oben erwähnter gemeinen Rechte, mit Beobachtung des darin gegründeten Vorzugs der vollen Geburt vor der halben, nicht aber die Disposition des Sachsenrechts zum Grunde gelegt und befolgt werden solle, so daß, wenn Jemand seines Vaters oder seiner Mutter vollbürtigen Bruder oder Schwester an einem, und seines Halbbruders oder seiner Halbschwester Kinder am andern Theile hinterlasse, die Halbgeschwister-Kinder jure repraesentationis in ihres Vaters Stelle träten, und also des Erblassers Vater- oder Mutter-Bruder oder Schwester vom Erbe ausschlössen, wie denn überhaupt im Herzogthum Holstein, Königl. Antheils, beides in den Städten *) und auf dem Lande, in Ansehung besagter Reichsconstitution vom Jahre 1521 zum Grundsatz anzunehmen sei, daß vermöge derselben das jus repraesentationis nicht etwa bloß in den darin besonders namhaft gemachten Fällen **), sondern in

---

dem Gebiete des Sachsenrechts hingewiesen. Die die gedachten Marschen speciell betreffenden Bestimmungen, wie die Verordnung in ihrer jetzigen Gestalt sie enthält, wurden darin auf Veranlassung des Obergerichts aufgenommen, und war dazu, insofern es sich um Verleihung des Repräsentationsrechts an die Halbgeschwister-Kinder handelte, allerdings, aber auch nur deshalb, ein Grund vorhanden.

*) Die Verordnung bezieht sich hiernach also auch auf das Gebiet des lübschen Rechts. Daß hier die Frage, ob den Geschwister-Kindern das Repräsentationsrecht zustehe, lange streitig war, ist bekannt, und ebenso, daß früher auch wegen des Zurücktretens der halben Geburt im Gebiete des lübschen Rechts Streit herrschte,

cf. Paulsens S. H. Privatrecht § 187.

**) Da die Reichsconstitution vom 28. November 1521 sowohl den Enkeln 2c., als den Geschwister-Kindern ohne Unterschied das Repräsentationsrecht zuspricht, und damit die Sache im Sinne des gemeinen Rechts erschöpft war, so können die unklaren Worte der Verordnung sich

seinem ganzen Umfange und Zusammenhange, wie es in den gemeinen Rechten vorgeschrieben und deren Analogie gemäß sei, eingeführt worden, und solchem nach den Brüder- und Schwester-Kindern, sie seien von voller oder halber Geburt, — doch dem vorzüglichen Erbrecht der Vollgeschwister-Kinder unbeschadet, — nicht nur quoad effectum concurrendi, sondern auch quoad effectum excludendi zu Statten komme.

§ 2. Daß es in allen übrigen Fällen dagegen, worin nach den gemeinen Rechten das jus repraesentationis nicht weiter Statt finde, in denjenigen Districten des Herzogthums Holstein, Königl. Antheils, wo das Sachsenrecht gelte, bei der Verordnung desselben, daß die halbe Geburt einen Grad weiter trete, sein Bewenden behalten, und darnach das Erbrecht der vollen und halben Geburt in diesen Districten allemal beurtheilt und bestimmt werden solle, so daß die halbbürtigen Blutsfreunde von den eben so nahen vollbürtigen Verwandten ausgeschlossen, und letztere, wenn sie um einen Grad entfernter seien, dennoch mit zum Erbe zugelassen würden.

§ 3. Daß, da die obgedachte Reichsconstitution von 1521 bei den Cremper- und Wilster-Marschen durch die Verordnung vom 12. Mai 1563 besonders eingeführt sei, daselbst alles dasjenige Statt finde, was vorhin, wegen des den Bruder- und Schwester-Kindern, von der halben sowohl, als von der vollen Geburt, auf Art und Weise, wie in den gemeinen Rechten versehen sei, zustehenden Repräsentationsrechts festgestellt worden sei. Weil indessen nach dem durch eine in vim pragmaticae sanctionis promulgirte Urtel vom Jahre 1568 bestätigten Land- und Marschrecht die Vollgeschwister und deren Kinder die Halbgeschwister und deren Kinder nicht ausschlössen, letztere beide vielmehr dergestalt mit zum Erbe zugelassen würden, daß sie nur e i n e n, die Vollgeschwister und deren Kinder aber zwei Pfenninge nähmen, so solle es dabei nicht nur inskünftige sein unverändertes Verbleiben haben, sondern dieses Land- und Marschrecht auch, der Analogie desselben gemäß, nun-

---

nur darauf beziehen sollen, daß gleichwohl den H a l b g e s c h w i s t e r-Kindern jenes Recht in praxi nicht allgemein zugestanden wurde.

mehr dahin extendirt sein, daß die in beregter Urtel vorgeschriebene Art, das Erbe unter voll- und halbbürtigen Geschwistern und deren Kindern zu theilen, gleichfalls bei entfernteren Anverwandten von der vollen und halben Geburt, wenn sie, der Sippzahl nach, gleich nahe, Statt finden, mithin in solchen Fällen auf das im Sachsenrechte vorgeschriebene Zurücktreten der halben Geburt nicht gesehen werden solle. Selbstverständlich finde jedoch dieses Zurücktreten der halben Geburt, wie die Anwendung desselben im § 2 bestimmt sei, auch in der Cremper- und Wilster-Marsch alsdann Statt, wenn die halbbürtigen Blutsverwandten um einen Grad näher seien, als die vollbürtigen, und nähmen folglich, solchen Falles, die volle und halbe Geburt das Erbe zu gleichen Theilen.

§ 4. Daß nach vorstehender näheren Bestimmung des der vollen und halben Geburt zustehenden Erbrechts die künftighin vorkommenden Erbschaftsfälle zu beurtheilen und zu erledigen seien, ohne auf die sehr gegen einander laufenden Präjudicate, insbesondere die dem Corp. Const. einverleibte Ober-Amtsgerichts-Urtel vom 17. Mai 1625, nach welcher des Halbbruders Kinder, Inhalts sächsischen Rechts, ihren Vater nicht repräsentiren, und daher an seiner Statt kein Erbe nehmen, weiter zu sehen.

Nachdem im Vorstehenden der Wortlaut der dieser Periode angehörenden Erlasse mitgetheilt worden, soll nunmehr die Bedeutung derselben für die Intestaterbfolge nach Land- und Marschrecht näher untersucht und festgestellt werden.

Fassen wir zu dem Ende zunächst die Verordnung vom 25. Januar 1762 und davon dasjenige, welches speciell das Gebiet des Land- und Marschrechts betrifft, ins Auge, so ergeben sich daraus folgende Anordnungen:

1) daß die Halbgeschwister-Kinder künftig, gleich den Kindern vollbürtiger Geschwister, an die Stelle ihres verstorbenen parens treten sollen, und mithin auf die früheren entgegenstehenden gerichtlichen Erkenntnisse, namentlich die Entscheidung des Ober-Amtsgerichts vom 17. Mai 1625 nicht mehr zu sehen sei, woraus denn eo ipso folgt, daß sie gleich den

Halbgeschwistern Vaters- oder Mutter-Voll- und Halbgeschwister des defuncti,

(cf. die Erkenntnisse des Cremper Gödings vom 30. Aug. 1719 und des Ober-Amtsgerichts vom 26. März 1727)

und vielmehr noch die Kinder der letztern, welche zufolge des oben schon erwähnten Erkenntnisses des Ober-Amtsgerichts vom 12. Mai 1706 mit ihnen zur Erbschaft admittirt wurden, anjetzo ausschlossen *);

2) daß die Art und Weise, das Erbe nach Land- und Marschrecht zwischen Voll- und Halbgeschwistern und deren Kindern zu theilen, auch bei der Concurrenz von entfernteren Anverwandten von voller und halber Geburt, wenn sie, der Sippzahl nach, gleich nahe sind, Anwendung findet, mithin in solchen Fällen auf das im Sachsenrecht vorgeschriebene Zurücktreten der halben Geburt nicht gesehen werden solle;

3) daß dieses Zurücktreten der halben Geburt jedoch auch in der Cremper- und Wilster-Marsch alsdann Statt haben solle, wenn die halbbürtigen Blutsverwandten um einen Grad näher seien, als die vollbürtigen, und das Erbe alsdann zu gleichen Theilen unter ihnen zu theilen sei.

Von diesen Bestimmungen bewirkte nun die sub 1 angeführte allerdings eine Veränderung in der seitherigen Erbfolgeordnung, indem die Halbgeschwister-Kinder, in Folge des ihnen verliehenen Repräsentationsrechts, nunmehr nicht nur mit den Voll- und Halbgeschwistern, von denen sie bis dahin ausgeschlossen worden waren, zur Erbschaft gelangten, sondern auch den früher mit ihnen concurrirenden Vater- und Mutter-Vollgeschwistern des defcti. und deren Kindern vorgezogen wurden. Es läßt sich indeß nicht behaupten, daß dadurch eigentlich neues Recht geschaffen worden sei, vielmehr wurde nur der Einfluß, welchen das Sachsenrecht in der

---

*) Ob die Verleihung des Repräsentationsrechts an die Halbgeschwister-Kinder die Ausschließung der bis dahin mit ihnen concurrirenden Großeltern zur Folge gehabt, darüber habe ich keine Auskunft zu erlangen vermocht.

fraglichen Beziehung seit dem Beginn des 17. Jahrhunderts gewonnen hatte, beseitigt, und der Zustand, wie er von der Erlassung der Verordnung vom 12. Mai 1563 an, bis zum 19. Mai 1615 gewesen war, wieder hergestellt.

Die Anordnungen sub 2 und 3 führten aber nicht einmal eine Veränderung der bisherigen Erbfolge herbei, denn, wie wir gesehen haben, war es schon von jeher Grundsatz des Land- und Marschrechts, daß auch unter entfernteren Collateralen von voller und halber Geburt, wenn sie, dem Grade nach, gleich nahe waren, der Nachlaß in dem Verhältniß wie 2 zu 1 zu theilen sei,

cf. Kurze Nachricht ꝛc. § 1 und

Falcks Sammlung, Bd. IV, p. 496—98,

und daß auch schon vor der Verordnung vom 25. Januar 1762 der Grundsatz des Sachsenrechts wegen Zurücktretens der näheren Halbgeburt zu Gunsten der entfernteren Collateralen, im Gebiete des Land- und Marschrechts zur Anwendung gebracht worden war, zeigt das im vorhergehenden § bereits mitgetheilte Erkenntniß des Ober-Amtsgerichts vom 12. Mai 1706, wodurch bestimmt wurde, daß die Vater-Vollbruder-Kinder mit den Halbgeschwister-Kindern des defuncti zur Erbschaft zugelassen, und das Erbe unter ihnen nach Kopfzahl zu theilen sei.

Hiernach würde also in den Bestimmungen sub 2 und 3 nur eine Bestätigung des schon bestehenden Rechtszustandes zu erblicken sein, und mithin der modificirende Einfluß der Verordnung auf die durch die Anordnung sub 1 bewirkte Abänderung der Successionsordnung in Ansehung der Halbgeschwister-Kinder sich beschränken.

Namentlich hat also durch sie der modus succedendi bei der Concurrenz von Vollgeschwister-Kindern und Halbgeschwistern, worüber sich die Verordnung überall nicht äußert, keine Modification erlitten. Hiermit stimmt auch der Verfasser der Abhandlung über Land- und Marschrecht,

Falcks Sammlung, Bd. IV, p. 433,

überein *), wogegen Professor Paulsen anderer Ansicht ist, indem

*) Derselbe äußert sich, nachdem er bemerkt, daß im § 3 der Verordnung vom 25. Januar 1762 verfügt sei, daß auch in der Cremper-

er in seinem Lehrbuche des Schl. Holst. Privatrechts § 184 Anm. 4 bemerkt, daß besonders nach Erlassung der Verordnung

---

und Wilster-Marsch, da, wo das jus repraesentationis nach dem gemeinen Rechte stattfinde, das im Sachsenrechte verfügte Zurücktreten der halben Geburt nicht weiter Platz greifen solle und hieran die Frage geknüpft, ob dadurch der land- und marschrechtliche Grundsatz, wornach Vollgeschwister-Kinder und Halbgeschwister in capita wie 2 zu 1 succediren, in der Weise modificirt worden sei, daß sie nunmehr in stirpes erben, hierüber folgendermaaßen:

„Wenn die halbe Geburt bei der Concurrenz mit Vollgeschwistern zur Erbschaft bloß zugelassen worden, so scheine wirkliche Billigkeit den Urtheilen zum Grunde zu liegen, welche die Vollgeschwister-Kinder in capita succediren ließen. Daß auch, wenn eine successio in stirpes stattfinde, dennoch der Stamm der vollen Geburt immer zwei Theile, gegen den Einen der halben Geburt nehmen würde, dies sei freilich klar, denn so wenig die Verordnung dies abgeändert habe, so habe sie es vielmehr ausdrücklich bestätigt. Allein auch über die Art der Succession selbst, sei in der gedachten Verordnung keine Abänderung geschehen. Das jus repraesentationis erstrecke sich de jure communi bis auf den dritten Grad der lineae collateralis, und dieses sei nach der Verordnung allgemein zur Grundlage genommen. Aber das jus commune kenne die Concurrenz der halben und vollen Geburt nicht, es könne daher auch nur bestimmen, daß Vollgeschwister-Kinder mit Vollgeschwistern und Halbgeschwister-Kinder mit Halbgeschwistern erben sollten, und sei die halbe Geburt immer durch die volle Geburt ausgeschlossen. Wenn nun in der Verordnung lediglich gesagt werde, daß es dabei sein Bewenden haben solle, daß nach Land- und Marschrecht die Vollgeschwister und deren Kinder die Halbgeschwister und deren Kinder von der Erbschaft nicht ausschlössen, vielmehr diese dergestalt zum Erbe zugelassen würden, daß sie nur einen, jene aber zwei Pfenninge nähmen; wenn hier also gar nicht bestimmt werde, ob nun auch bei der Zulassung der halben Geburt in capita oder in stirpes succedirt werden solle, vielmehr die Verordnung hauptsächlich nur über das Erbrecht in den weiteren Graden disponire, so lasse sich auch wohl nicht behaupten, daß die eingeführte Gewohnheit des Land- und Marschrechts, wegen der Succession der Vollgeschwister-Kinder in capita mit Halbbrüdern, abgeändert sei, da darüber das durch die Verordnung bestätigte gemeine Recht nicht verfügen könne, und die Verordnung

vom 25. Januar 1762 mit dem Verfasser der erwähnten Abhandlung nicht angenommen werden könne, daß Vollgeschwister-Kinder

---

selbst vielmehr die Disposition des Land- und Marschrechts im Allgemeinen bestätige."

Wie bereits im § 7 ausführlich mitgetheilt worden ist, sucht Paulsen zunächst darzuthun, daß Vollgeschwister-Kinder nach altem Land- und Marschrecht nicht mit Halbgeschwistern zusammen geerbt, sondern von letzteren ausgeschlossen, und erst in Folge der Einführung des Stellvertretungsrechts, also nach Stämmen, mit zur Erbschaft berufen worden seien, und fährt sodann fort:

„Daß das Wilstersche Lodding zu jener Ansicht — wonach Vollgeschwister-Kinder und Halbgeschwister den Nachlaß nach Köpfen theilen — hat gelangen können, welche nur durch die, wie gezeigt, unrichtige Berücksichtigung des sächsischen Rechts begründet werden kann, wird dadurch begreiflich, daß diese unrichtige Ansicht zu jener Zeit (1644) bei den damaligen höheren holsteinischen Gerichten herrschte, was nicht wohl ohne Einfluß auf die unteren Gerichte bleiben konnte. Dies beweist auch das in das Corp. Const. aufgenommene Ober-Amtsgerichts-Urtheil von 1625, wodurch ein „Urtheil der Marsch", welches sehr richtig Halbbrüder-Kinder neben dem Vollbruder zur Erbschaft zugelassen hatte, umgestoßen wurde. Die „verordneten Königlichen Statthalter und Räthe" schließen aber die Halbbruder-Kinder deswegen aus, „weil sie Inhalts sächsischen Rechts ihren Vater nicht repräsentiren."

Wie falsch diese Rechtsauffassung war, zeigt der hier angegebene Entscheidungsgrund deutlich, indem allerdings der Sachsenspiegel für sie ebensowenig, als für die Vollschwester-Kinder ein Stellvertretungsrecht kennt, aber sogar den Halbbruder nicht neben dem Vollbruder beruft, wegen des Zurücktretens der halben Geburt. Da nun aber durch die Reichsgesetzgebung den Geschwister-Kindern, ohne Unterschied, nicht bloß den Vollgeschwister-Kindern, wie es in den S. H. Anzeigen von 1809 heißt, Stellvertretungsrecht eingeräumt, und dies namentlich auch der Cremper- und Wilster-Marsch durch die Verordnung vom 12. Mai 1563 zu befolgen eingeschärft worden war, so hatte das Untergericht der Marsch das neue Recht in seiner Verbindung mit dem alten gerade richtig aufgefaßt, und da nach diesem Halbbrüder nicht, wie nach Sachsenrecht, von Vollbrüdern ausgeschlossen werden, jetzt auch Halbrüder-Kinder neben ihnen zugelassen. — Aber freilich waren die holsteinischen Juristen nach

neben Halbgeschwistern in capita erbten. — Wörtlich genommen, kann dies nämlich nur den Sinn haben, als wenn die gedachte

---

dem — von den einheimischen Quellen ihnen noch am besten bekannten Sachsenspiegel (der hier überdies mit dem ihnen noch besser bekannten gemeinen Rechte übereinstimmt) gewohnt, Halbgeschwister zurück zu setzen, lange ungeneigt, die Reichsgesetzgebung auch von ihnen zu verstehen, und ihren Kindern ein Stellvertretungsrecht einzuräumen, woraus sich die noch im Jahre 1749 in dem ersten Theil des C. C. H. geschehene Aufnahme jenes alten Urtheils vom Jahre 1625 erklärt. Bald darauf sah aber die gesetzgebende Gewalt die Unrichtigkeit der bisherigen Rechtsauffassung ein und erließ demnach die Verordnung vom 25. Januar 1762, in deren § 4 frühere Präjudicate, unter namentlicher Anführung des von 1625, gemißbilligt werden. Daß man im 16. Jahrhundert die Rechtsgesetzgebung richtig verstanden hatte, beweist ein in das Corp. Const. Hols. p. 82 aufgenommenes Urtheil von 1568, wornach „de Full-Süster oder Broder edder derselben Kinder 2, und averst Halff-Broder und Süster edder derselben nagelatenen Kinder dorjegen einen Pfenning thom Erfe nehmen schöllen". — Es ist daher unrichtig, wenn es in beiden Abhandlungen in den S. H. Anzeigen (von 1809 u. 1846) heißt: erst durch die Verordnung von 1762 sei das Stellvertretungsrecht der Halbgeschwister-Kinder *) eingeführt worden. Diese bestätige ja im § 3 ausdrücklich den in der von ihr angeführten in vim pragmaticae sanctionis promulgirten Urtel vom Jahre 1568 enthaltenen Grundsatz unter Beibehaltung fast derselben Ausdrücke. Indem nun die Geschwister Kinder in der unmittelbarsten Verbindung mit Geschwistern genannt sind, und den vollbürtigen 2, den halbbürtigen 1 Pfenning zugesprochen wird, fordert die natürliche Auslegung, daß Geschwister-Kinder nie mehr als den Theil desjenigen bekommen sollen, an dessen Stelle sie treten.

Wenn es in den Entscheidungsgründen des neuesten Falles, S. H. Anz. pro 1846 p. 304 heißt, daß das Verhältniß der Voll- und Halb-

---

*) In den dem Erkenntnisse des holsteinischen Obergerichts vom 22. Mai 1846 voraufgeschickten Erörterungen heißt es ganz allgemein, daß das alte Land- und Marschrecht vor der Verordnung von 1762 kein Repräsentationsrecht gekannt habe. S. H. Anz. pro 1846 p. 303, und in den Entscheidungsgründen eod p. 304, daß durch die Verordnung lediglich das Repräsentationsrecht der Geschwister-Kinder eingeführt sei. Es kann indeß nur gemeint sein, daß das alte Land- und Marschrecht vor 1563 kein Repräsentationsrecht der Geschwister-Kinder gekannt, und daß durch die Verordnung von 1762 den Halbgeschwister-Kindern dieses Recht ertheilt, oder richtiger, wieder verliehen worden sei.

Verordnung auch über die Art und Weise, wie der Nachlaß zwischen Vollgeschwister-Kindern und Halbgeschwistern zu theilen sei eine

---

geburt wie 2 zu 1 lediglich die Theile der Erben unter sich bestimmen solle, keineswegs aber als ein Verhältniß der Voll- und Halbgeburt zu der Masse, oder der einzelnen Stämme der Voll- und Halbgeburt unter sich, angesehen werden dürfe, so ist die Richtigkeit hiervon nicht einleuchtend. In dem Falle, daß keine Geschwister-Kinder da sind (oder, als sie vor Einführung des Repräsentationsrechts nicht in Betracht kommen konnten), ist das, daß für einen Vollbürtigen zwei Theile, für einen Halbbürtigen aber nur ein Theil aus der Masse genommen wird, doch auch ein Verhältniß der Erben zur Masse, also auch für die Geschwister-Kinder, seitdem sie an die Stelle ihrer verstorbenen Eltern, als ihr Stamm, neben Bruder und Schwester, als noch lebenden Stammhäuptern, berufen werden.

Da nun einmal das Wesen des Land- und Marschrechts darin besteht, daß vollbürtige Geschwister Halbbürtige neben sich zulassen müssen, so ist es schon Vortheils genug für die Vollgeschwister-Kinder, daß sie jetzt auch mit Halbgeschwistern berufen werden; wie läßt sich ein Rechtsgrund dafür auffinden, daß das jenen ertheilte Stellvertretungsrecht denselben einen größeren Erbtheil verschaffen sollte, als der bekommen haben würde, an dessen Stelle sie treten? — In dem Falle de anno 1846 sind 1) eine Vollschwester, 2) zwei Vollgeschwister-Kinder, 3) ein Halbbruder, 4) eine Halbschwester und 5) ein Halbgeschwister-Kind da. — Wäre aber Vater oder Mutter der Geschwister-Kinder nicht gestorben, und nehmen wir die Erbschaft zu 7000 ℛ︀ an, so würden die beiden Vollgeschwister je $^2/_7$, also 2000 ℛ︀, und die Halbgeschwister je $^1/_7$, also 1000 ℛ︀ erben. Nach der von dem Obergerichte bestätigten Theilungsweise der Groß-Collmarschen Gerichtshalterschaft haben aber, nachdem für die Vollschwester $^2/_5$, also — nach der angenommenen Größe der Erbschaft — 2800 ℛ︀ abgenommen sind, die Vollgeschwister-Kinder von den übrig gebliebenen 4200 ℛ︀ jedes $^2/_7$ = 1200 ℛ︀, zusammen also 2400 ℛ︀ bekommen, mithin 400 ℛ︀ mehr, als nach obiger Rechnung die Person, für welche sie eintreten, geerbt haben würde. Aber auch die Vollschwester hat zu viel bekommen. Wären nämlich die Vollgeschwister-Kinder gar nicht da, so würden für drei halbbürtige Geschwister und die Vollschwester, da diese 2 Theile erben soll, auch 5 Theile gemacht werden müssen, letztere also $^2/_5$ erben. Bei dem Dasein mehrerer Miterben, hier die Geschwister-Kinder, mußte aber doch, nach dem natürlichen Verhältnisse, der

Bestimmung enthalte, und aus den Anführungen Paulsens in den S. H. Anzeigen pro 1848, p. 78 u. 79 und 86—88, geht

---

Erbtheil kleiner werden, während der Vollschwester auch im vorliegenden Falle 2/5 = 2800 ℛ, anstatt 2/7 = 2000 ℛ, also 800 ℛ oder 4/35 zu viel gegeben worden ist. Der Stamm, welchen die Vollgeschwister-Kinder repräsentiren, hat aber nicht gleich viel, sondern nur 2400 ℛ bekommen.

Ist es ferner nicht auch eine innere Unübereinstimmung, daß, während Vollgeschwister-Kinder, wenn sie mit Vollgeschwistern allein zusammenträfen, nach Stämmen theilen müßten, dieselben nun, weil auch Halbgeschwister da sind, sowohl gegen die römischen, als gegen die Reichsgesetze, nach Köpfen theilen? Und wie, wenn nun anstatt des einen Halbgeschwister-Kindes (5) im vorliegenden Falle mehrere da wären, sollten alsdann diese auch jedes einen Kopftheil haben? Dies würde wohl verneint werden, weil das römische Recht und die Verordnung von 1762 ausdrücklich bestimmen, daß Halbgeschwister-Kinder neben Halbgeschwistern nach Stämmen theilen. So würden aber bei einer und derselben Erbtheilung die einander entgegengesetzten Grundsätze angewandt. Der Theil der Vollschwester (1) wird nach den Stämmen bestimmt, der der Vollgeschwister-Kinder (2) im Verhältniß zu den halbbürtigen Geschwistern (3 und 4) nach Köpfen, der der Halbgeschwister-Kinder, nachdem die Vollgeschwister-Kinder befriedigt worden sind, wieder nach Stämmen.

Die Entscheidungsgründe finden einen Verstoß gegen das Land- und Marschrecht darin, daß, wenn nach Stämmen getheilt wird, nicht jedes einzelne Vollgeschwister-Kind noch einmal so viel, als der Halbbruder bekommt. Da aber Halbgeschwister-Kinder, neben Vollgeschwister-Kindern allein, mit halber Hand zugreifen dürfen, so müßte das Verhältniß von 2 zu 1, weil es nach obigen Gründen immer unter den Einzelnen beobachtet werden soll, auch hergestellt werden, wenn statt eines Halbgeschwister-Kindes zwei da wären. Sollten diese aber, da auch Halbgeschwister vorhanden sind, zusammen nur einen Stammtheil haben, so würde ihnen in einem, dem vorliegenden ähnlichen Falle nur 1/14 der Erbschaft werden, während jedem Vollgeschwister-Kinde 2/7 zugetheilt worden sind; es hätte also nicht zwei Mal, sondern vier Mal so viel, als das Halbgeschwister-Kind bekommen, ja, wären noch mehrere Halbgeschwister-Kinder da, so würde das Verhältniß ihrer Erbtheile zu denen der Vollgeschwister-Kinder ein noch ungleicheres sein. Alles dieses wäre aber auch gegen den zu unbedingt angewandten Grundsatz des Land-

denn auch hervor, daß er in den Worten des § 3 der Verordnung, wodurch der in der Urtel vom 24. April 1568 enthaltene Grundsatz bestätigt wird, eine solche Disposition erblickt, indem er meint, daß, da die Geschwister-Kinder in jener Urtel in der unmittelbarsten Verbindung mit Geschwistern genannt seien, und den vollbürtigen 2, den halbbürtigen 1 Pfenning zugesprochen werde, die natürliche Auslegung es fordere, daß Geschwister-Kinder nie mehr, als den Theil desjenigen bekommen sollten, an dessen Stelle sie träten.

Die allegirte Ober-Amtsgerichts-Urtel vom 24. April 1568 enthält jedoch, wie auch schon oben im § 6 nachgewiesen worden ist, außer der Bestätigung des land- und marschrechtlichen Grundsatzes, daß die Vollgeburt, in Concurrenz mit der Halbgeburt, 2 Pfenninge nimmt, während letztere nur 1 Pfenning erhält, bloß die Bestimmung, daß Vollgeschwister-Kinder neben Halbgeschwistern zur Erbschaft zuzulassen seien, läßt es aber unentschieden, ob solchen Falles eine successio in stirpes oder in capita Platz greifen solle. Wenn also die gedachte Urtel über den modus succedendi bei dem Vorhandensein von Vollgeschwister-Kindern und Halbgeschwistern gar nicht disponirt, so kann auch in der Bestätigung derselben durch die Verordnung vom 25. Januar 1762 § 3 nicht, wie Paulsen meint, eine Anerkennung der Stammtheilung in jenem Falle gefunden werden.

Auf diesem Wege läßt sich mithin nichts auf die Streitfrage Bezügliches in die Verordnung hinein interpretiren. Anders verhält es sich aber, wenn man mit dem Verfasser der mehrerwähnten Abhandlung über das Land- und Marschrecht annähme, einmal, daß die Zulassung der Vollgeschwister-Kinder zur Erbschaft neben Vollgeschwistern, vor Emanirung der Verordnung vom 12. Mai 1563, als eine Folge der Anwendung des sachsenrechtlichen Grundsatzes wegen des Zurücktretens der halben Geburt zu betrachten sei, dann aber, daß der § 3 der Verordnung vom 25. Januar 1762 verfüge, daß auch in der Cremper- und Wilster-Marsch da, wo das jus repraesentationis nach gemeinem Rechte stattfinde, das im

---

und Marschrechts. — In solche Schwierigkeiten verwickelt man sich, wenn man nicht die Stammtheilung annimmt."

Sachsenrechte angeordnete Zurücktreten der halben Geburt nicht weiter stattfinden solle. Denn enthielte der § 3 der Verordnung wirklich ganz allgemein, mithin auch in Bezug auf die Vollgeschwister-Kinder in Concurrenz mit Halbgeschwistern, eine derartige Bestimmung, so müßte folgerichtig auch angenommen werden, daß in Betreff der Vollgeschwister-Kinder im angegebenen Falle jener Grundsatz nicht mehr, sondern das Repräsentationsrecht und, in Folge dessen, die Stammtheilung zur Anwendung komme, und bleibt der Verfasser der gedachten Abhandlung sich daher auch, insofern er dem § 3 der Verordnung diesen Sinn beilegt und gleichwohl zu dem Resultat gelangt, daß sie an der bisherigen Art und Weise, den Nachlaß zwischen Vollgeschwister-Kindern und Halbgeschwistern zu theilen, nichts geändert habe, nicht ganz consequent.

Allein eines Theils beruht die Zulassung der Vollgeschwister-Kinder zur Erbschaft mit Halbgeschwistern vor Erlassung der Verordnung vom 12. Mai 1563, nach dem, was darüber oben im § 6 mitgetheilt worden ist, nicht auf der Anwendung des Grundsatzes des Sachsenrechts wegen Zurücktretens der halben Geburt, sondern auf uralter Gewohnheit des Land- und Marschrechts, anderntheils aber besagt der § 3 der Verordnung vom 25. Januar 1762 auch nicht das, was der Verfasser der Abhandlung qu. dahinein legt. Denn wenn es darin auch heißt, daß alles dasjenige stattfinde, was vorhin — also im § 1 — wegen des den Bruder- und Schwester-Kindern, sowohl von der halben, als von der vollen Geburt, auf Art und Weise, wie in den gemeinen Rechten versehen sei, zustehenden jus repraesentationis festgestellt worden sei, so ist doch zu bemerken, daß es weder in der Intention der Verordnung lag, noch liegen konnte, in Ansehung des, wenigstens im Gebiete des Land- und Marschrechts den Vollgeschwister-Kindern ganz unbestritten zustehenden Stellvertretungsrechts irgend welche Bestimmung zu treffen.

Die Verordnung hatte vielmehr, was das Gebiet des Land- und Marschrechts betrifft, lediglich das Successions-Verhältniß der Halbgeburt vor Augen, und wollte nur den Halbgeschwister-Kindern das durch den Einfluß des Sachsenrechts ihnen entzogene Stellvertretungsrecht wieder verleihen, und das in Folge des entbehrten

Repräsentationsrechts, resp. der Anwendung jenes sachsenrechtlichen Grundsatzes bisher stattgehabte Zusammenerben der Vater- und Mutter-Vollgeschwister und deren Kinder mit Halbgeschwister Kindern beseitigen, wie auch den modus succedendi bei den weiter entfernten Seitenverwandten fixiren; weiter ging ihre Intention nicht, und konnte auch, da sie nur die streitigen Verhältnisse schlichten wollte, nicht gehen; namentlich konnte sie unmöglich zur Absicht haben, den seit 1644 nicht wieder streitig gewordenen modus succedendi der Vollgeschwister-Kinder und Halbgeschwister zu ändern, oder überhaupt eine hierauf Bezug habende Bestimmung zu treffen.

Es bleibt daher auch dabei, daß die Verordnung, wie bemerkt, in keinerlei Weise das fragliche Successionsrecht berührt, dasselbe folglich unverändert bestehen blieb, so daß nach, wie vorher, Vollgeschwister-Kinder mit concurrirenden Halbgeschwistern den Nachlaß nach Köpfen wie 2 zu 1 theilten.

Was sodann die Bekanntmachung vom 9 November 1773, wegen Theilung des Nachlasses zwischen Eltern, Voll- und Halbgeschwistern, betrifft, so muß von ihr allerdings behauptet werden, daß sie neues Recht geschaffen habe. Denn während bis dahin die Halbgeschwister, und nach Emanirung der Verordnung vom 25. Januar 1762 auch die Halbgeschwister-Kinder, jene in capita, diese in stirpes, wie 2 zu 1 mit Eltern und Vollgeschwistern zusammen geerbt hatten, — cf. die oben § 10 angegebenen Erkenntnisse vom 7. October und 19. November 1765 und 24. Juli 1766 — wurde dieser modus succedendi durch die allegirte Bekanntmachung aufgehoben, und, wie vorher schon angeführt worden, bestimmt, daß der Nachlaß so getheilt werden solle, daß die Eltern den ihnen von der ganzen Masse zukommenden Theil so, als wenn die Halbgeburt gar nicht vorhanden, voraus erhielten, während das Uebrige zwischen den Voll- und Halbgeschwistern nach Land- und Marschrecht, also nach dem Verhältniß wie 2 zu 1 zu distribuiren sei *).

*) Obwohl die Verordnung vom 25. Januar 1762 nur zur Folge hatte, daß nunmehr auch die Halbgeschwister-Kinder an ihres verstorbenen parens Stelle neben vorhandenen Vollgeschwistern, resp. deren Kindern,

Durch das Patent vom 9. Mai 1796 endlich, aus dessen introitus sich ergiebt, daß bisher nicht überall und gleichmäßig im Gebiete des Land- und Marschrechts den Großeltern ꝛc. das den Eltern durch die pragmatische Sanction vom 25. Januar

---

mit den Eltern zur Succession gelangten, im Uebrigen aber dieses Verhältniß ganz unberührt ließ, so ist sie dennoch, wunderbarer Weise, die Veranlassung der Bekanntmachung vom 9. November 1773 geworden. Bald nachdem nämlich das Ober-Amtsgericht unterm 24. Juli 1766 angeführtermaaßen die in Sachen der Halbbrüder und Halbbrüder-Kinder des weiland Hans Hintz ctr. Sielcke Hintz und Cord Hintz et Cons., als leibliche Mutter und Vollgeschwister des defuncti, resp. vom Breitenburger Ding und Recht, sowie dem Cremper Lodding und Göding abgegebenen Erkenntnisse, wodurch den Halbgeschwistern und deren Kindern secundum stirpes 1 Pfenning von der Erbschaft qu. zugesprochen worden war, bestätigt hatte, wurde in Anlaß eines ähnlichen Falles, in welchem eine Vollschwester, ein Halbbruder und die Mutter des Verstorbenen concurrirten, von der letzteren, einer Wittwe Catharina Witt zu Fockendorf in der Wilster-Marsch, statt die Sache zur gerichtlichen Entscheidung gelangen zu lassen, ein Gesuch um authentische Interpretation der Verordnung vom 25. Januar 1762 eingereicht, und darin namentlich hervorgehoben: „daß nach der Sanctio pragmatica von 1640 die Eltern ein jus excludendi unilaterales hätten, und daß dieses Recht ihnen wegen der Existenz vollbürtiger Geschwister nicht entzogen werden könne. Denn wenn gleich diese in dem Falle, da keine Ascendenten concurrirten, die Halbgeschwister mit zulassen müßten, und wenn gleich Ascendenten Vollgeschwister nicht excludirten, so hätten ihnen doch respectu unilateralium die Gesetze ein jus excludendi ausdrücklich beigelegt, dessen sie wegen des Daseins der Vollgeschwister, die sie mit admittiren müßten, nicht privirt werden könnten. — Die Mitglieder des Ober-Amtsgerichts, zu dessen Berichts- und Bedenkens-Erstattung die Sache gelangte, waren darüber verschiedener Meinung, indem einige von ihnen aus den angegebenen Gründen sich für die Ausschließung der Halbgeschwister durch die Eltern, wenn sie mit diesen neben Vollgeschwistern concurrirten, entschieden, andere den Halbgeschwistern das Recht, an dem Nachlasse mit zu participiren, eingeräumt wissen wollten, weil nach der allegirten Sanctio pragmatica die Eltern nur dann die Halbgeschwister ausschlössen, wenn sie mit ihnen allein concurrirten. Die erstere Ansicht erhielt jedoch höheren Orts den Vorzug, und so wurde in Folge dessen die obgedachte Bekanntmachung erlassen.

1640 eingeräumte Vorzugsrecht vor den Halbgeschwistern zugestanden worden war, wurde die Gleichberechtigung der höher stehenden Ascendenten mit den Eltern in der angegebenen Beziehung außer Zweifel gestellt, so daß nunmehr auch die Großeltern u. s. w. wenn sie mit Halbgeschwistern allein zusammentrafen, diese von der Erbschaft excludirten.

Mit diesem Patent schließt nicht nur die vorliegende Periode, sondern auch die Reihe derjenigen Verfügungen ab, welche die Intestaterbfolge nach Land- und Marschrecht betreffen, und wird somit, nachdem wir im Vorhergehenden uns mit dem Inhalte und der Bedeutung aller derselben bekannt gemacht, nunmehr zur Darlegung der auf solchem Wege gewonnenen Resultate i. e. zur Darstellung,

B. des in Ansehung der Intestaterbfolge jetzt geltenden Land- und Marschrechts

geschritten werden können.

§ 12.

Die Succession der Descendenten betreffend.

Wie bereits oben im § 1 behauptet worden, und im weiteren Verlaufe auch seine Bestätigung gefunden, hat die Intestaterbfolge der Descendenten im Gebiete des Land- und Marschrechts nichts Eigenthümliches mehr.

Hiermit scheint es jedoch nicht übereinzustimmen, wenn der in den S. H. Anzeigen pro 1844 p. 253 u. f. mitgetheilte Rechtsfall als ein solcher bezeichnet worden ist, in welchem es sich um die Succession der Enkel nach Land- und Marschrecht handele, „je nachdem dieselben in fortgesetzter Gütergemeinschaft mit ihren Eltern leben oder nicht", darnach also angenommen werden müßte, daß die communio prorogata einen modificirenden Einfluß auf die Intestaterbfolge der Enkel äußere.

Solches ergiebt sich indessen aus dem betreffenden Falle keineswegs, und jene Bezeichnung desselben wird sich auch, fassen wir ihn näher ins Auge, als nicht zutreffend darstellen.

Die eigentliche Streitfrage war nämlich die, ob die Enkel sich resp. sowohl in ihrem Pflichttheil, worauf sie in dem Testamente ihres verstorbenen Großvaters direct instituirt waren, als in der Intestaterbportion ihrer verstorbenenen Mutter aus dem großmütterlichen Nachlasse ein Capital, welches der Vater der Enkel von dem Vater seiner Ehefrau bei deren Lebzeiten aus der nach dem Tode der Großmutter unaufgetheilt gebliebenen Gütermasse angeliehen erhalten hatte, anrechnen und kürzen zu lassen verpflichtet seien oder nicht, und ward diese Frage bezüglich des Pflichttheils durch das unterm 1. April 1844 vom Ober-Appellationsgericht bestätigte Erkenntniß des holsteinischen Obergerichts vom 12. December 1842 aus dem Grunde verneint, weil die Enkel proprio jure ihren Großvater beerbt hätten, und ihre legitima unverkürzt und unbehaftet mit fremder Schuld ausgekehrt verlangen könnten, in Ansehung des ihrer verstorbenen Mutter ab intestato aus dem großmütterlichen Nachlasse zugefallenen Erbtheils aber, und zwar aus dem Grunde bejaht, weil die Enkel nicht vermöge eigenen Rechts ihre Großmutter von neuem beerbten, sondern nur als Erben ihrer Mutter an deren Stelle träten, und den, dieser bereits angefallenen Erbtheil, soweit derselbe nicht bereits auf sie gekommen, in Empfang nähmen, sie aber, als Erben ihrer Mutter, selbstverständlich deren Verbindlichkeiten gegen die Miterben erfüllen müßten.

Zwar wird auch, jedoch nur nebenher, erwähnt, daß die Enkel mit ihrem Vater in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebten; allein wie in dem Erkenntnisse selbst hierauf kein Gewicht gelegt wird, so ist es auch ohne Weiteres klar, daß jener Umstand auf die Entscheidung der Streitfrage keinen Einfluß äußern konnte, weil auch bei der communio bonorum prorogata nach Land- und Marschrecht das von den Enkeln aus dem großmütterlichen Nachlasse Ererbte nicht in die Gemeinschaft fällt.

Der erwähnte Rechtsfall enthält mithin keinerlei Momente, aus denen gefolgert werden könnte, daß die Succession der Enkel sich verschieden gestalte, je nachdem sie mit ihrem Vater oder ihrer Mutter *) in fortgesetzter Gütergemeinschaft leben oder nicht.

---

*) So müssen die Worte: „mit ihren Eltern" natürlich verstanden

Von diesem speciellen Falle aber abgesehen, läßt sich auch überall nicht behaupten, daß die communio bonorum prorogata, sie möge nun zwischen den Kindern und dem conjux superstes bestehen, oder zwischen diesem und dem Großvater oder der Großmutter bis zu seinem oder ihrem Tode bestanden haben, auf die Art und Weise, wie die Enkel in den großelterlichen Nachlaß succediren, irgend wie influire. — Selbst wenn ihr Erbtheil wirklich in die mit ihrem Vater oder ihrer Mutter fortgesetzte Gemeinschaft der Güter fiele, würde dadurch doch ihre Succession in den großelterlichen Nachlaß in keiner Weise berührt; denn die Frage wegen etwaniger Einbringung des Ererbten in die Communion bleibt immerhin eine secundäre, die erst dann aufgeworfen werden kann, nachdem die Erbansprüche selbst bereits Anerkennung und Geltung gefunden haben.

Eben so wenig nun, wie durch die communio bonorum prorogata, wird durch sonstige Bestimmungen des Land- und Marschrechts im Gebiete desselben eine Abweichung in der Intestatsuccession der Descendenten von den gemeinrechtlichen Grundsätzen bewirkt, namentlich kömmt daselbst weder ein Vorzug des männlichen Geschlechts vor dem weiblichen, noch eine Begünstigung eines der männlichen Descendenten durch s. g. Anerbenrecht vor.

§ 13.

Die Succession der nächst den Descendenten zur Erbschaft Berufenen.

A. Den ordo succedendi betreffend.

Nach dem jetzt geltenden Land- und Marschrecht gelangen nächst den Descendenten die Geschwister des Verstorbenen, sowohl von voller, als von halber Geburt, wie auch deren Kinder nebst den Eltern und den höher stehenden Ascendenten zur Succession. Diese Personen zusammen befassen die in II. Classe zur Erbschaft Berufenen. Sie erben im Allgemeinen zwar neben einander, jedoch werden die

---

werden, denn wie bei Lebzeiten beider Eltern von einem communio bonorum prorogata mit den Kindern nicht die Rede sein kann, so können solchen Falles die Enkel die Großeltern auch nicht ab intestato beerben.

Halbgeschwister und deren Kinder, wenn sie neben Vollgeschwistern und Vollgeschwister-Kindern mit Eltern rc. concurriren, letzteren gegenüber, nach der Bekanntmachung vom 9. November 1773 als gar nicht vorhanden betrachtet, und treten insofern also in gewisser Weise zurück; — und wenn sie allein mit den Eltern und Großeltern zusammentreffen, werden sie von diesen gänzlich ausgeschlossen, woraus sich die schon im Vorhergehenden berührte Eigenthümlichkeit *) ergiebt, daß die Halbgeschwister und deren Kinder in zwiefacher Weise, nämlich einmal in der II. Classe neben den Vollgeschwistern und den Vollgeschwister-Kindern, und wenn neben

*) Wie auch Vangerow in seinem Lehrbuche der Pandecten (6. Aufl.) Bd. II, p. 64 bemerkt, hat Büchel Streitfragen S. 171 sequ. die Behauptung aufgestellt, daß nach der Nov. 118 c. 3 Geschwister-Kinder eigentlich erst in der IV. Classe succedirten und nur vermöge besonderen Privilegs dann, aber auch nur dann, in der II. resp. III. Classe zur Erbfolge gelangten, wenn ihr parens zur Zeit der Delation an die fragliche Classe schon verstorben sei. Trete diese Voraussetzung nicht ein, so greife auch das ihnen ertheilte Privilegium nicht Platz, und sie succedirten dann erst in der IV. Classe in Concurrenz mit den Oheimen und Tanten des Verstorbenen. — Die practische Bedeutsamkeit dieser Ansicht zeige sich aber insbesondere darin, daß in Betreff der Neffen keine successio graduum statthaft sei, und wenn also z. B. Jemand mit Hinterlassung eines vollbürtigen Bruders und halbbürtigen Neffen versterbe, und der erstere falle vor Antretung der Erbschaft hinweg, so kämen nun nicht die etwanigen Kinder desselben — die vollbürtigen Neffen — vermöge der successio graduum zur Erbfolge, sondern die Erbschaft werde vielmehr an die III. Classe, die halbbürtigen Neffen, deferirt und nur dann, wenn auch diese wegfielen, kämen die vollbürtigen Neffen in der IV. Classe zusammen mit etwanigen Oheimen und Tanten des Verstorbenen zur Erbfolge. Wäre diese Ansicht richtig und könnten also nach römischem Recht die vollbürtigen Geschwister-Kinder außer in der II., auch wieder in der IV. Classe vorkommen, so wäre das im Texte Angegebene nichts Singuläres. Da jedoch mit der von Vangerow genugsam dargethanen Unrichtigkeit der Büchelschen Ansicht jene Voraussetzung wegfällt, so ist es in der That exceptionell, wenn, wie angeführt, die Halbgeschwister und deren Kinder nach Land- und Marschrecht sowohl in der II. als in der III. Classe vorkommen, und darf solches mit Grund als eine Eigenthümlichkeit dieses Rechts bezeichnet werden.

Eltern weder Vollgeschwister noch deren Kinder vorhanden, die Eltern aber den Nachlaß nicht antreten, dann wiederum in einer III. Classe für sich als successionsberechtigt aufgeführt werden müssen (cf. § 14 infra).

B. Den modus succedendi betreffend.

Ueber die Vertheilung des Nachlasses, wenn

a) Vollgeschwister allein, oder
b) Vollgeschwister und Vollgeschwister-Kinder,
c) Vollgeschwister-Kinder allein,
d) Vollgeschwister und Eltern &c.,
e) Vollgeschwister-Kinder und Eltern &c., oder
f) Vollgeschwister, Vollgeschwister-Kinder und Eltern,
g) Eltern allein, oder aber
h) Halbgeschwister allein,
i) Halbgeschwister und Halbgeschwister-Kinder, oder endlich
k) Halbgeschwister-Kinder allein,

concurriren, giebt es im Gebiete des Land- und Marschrechts keine von den Grundsätzen des gemeinen Rechts abweichende gewohnheitsrechtliche oder sonstige Normen.

Das Land- und Marschrecht äußert sich vielmehr nur in folgenden Fällen:

I. wenn Vollgeschwister, resp. deren Kinder, mit Halbgeschwistern und deren Kindern zusammentreffen.

Concurriren nun:

a) Vollgeschwister und Halbgeschwister, so theilen sie den Nachlaß unter sich nach Köpfen in dem Verhältniß wie 2 zu 1,
b) Vollgeschwister und Halbgeschwister-Kinder, so tritt eine successio in stirpes ein, und erhalten jene einen doppelt so großen Stammtheil als diese,
c) Vollgeschwister-Kinder und Halbgeschwister-Kinder, alsdann wird der Nachlaß unter ihnen nach Kopfzahl in dem angegebenen Verhältniß wie 2 zu 1 getheilt,
d) Vollgeschwister-Kinder und Halbgeschwister, so succediren sie ebenfalls in capita und erhalten jene einen doppelt so großen Kopftheil als diese.

Concurrenzfälle dieser Art bieten keine Schwierigkeiten, dieselben heben vielmehr erst an, wenn

e) Vollgeschwister, Vollgeschwister-Kinder und Halbgeschwister, resp. deren Kinder, zusammentreffen; jedoch lösen sich diese Schwierigkeiten von selbst, wenn nur der Grundsatz, daß hier eine doppelte Succession, nämlich resp. in capita und in stirpes eintrete,

cf. Falcks Sammlung, Bd. IV, p. 432,

richtig angewandt, und bei der Vertheilung des Nachlasses eine dem entsprechende Berechnung zum Grunde gelegt wird. Dies soll an nachstehenden Beispielen gezeigt und deutlich gemacht werden.

Betrachten wir zunächst den Fall, welchen der Verfasser der Abhandlung über Land- und Marschrecht — Falcks Samml. l. c. — vor Augen hatte.

Es concurrirten in diesem Falle: ein Halbbruder, die Kinder eines verstorbenen Vollbruders und ein Vollbruder, und wird bemerkt, daß letzterem $^2/_5$ des ganzen Nachlasses gebührten, die übrigen $^3/_5$ aber zwischen dem Halbbruder und den Vollgeschwister-Kindern nach Kopfzahl wie 1 zu 2 zur Vertheilung kämen.

Die Richtigkeit dieser Theilungsweise ergiebt sich nun auf das Evidenteste, wenn man erwägt, daß hier drei Stämme vorhanden waren, von denen einer der Halbgeburt, zwei aber der Vollgeburt angehören, und daß man also für die Ermittelung der Größe des Erbtheils des Vollbruders in Berücksichtigung zu ziehen hat, daß

wenn für den Halbbruder ausgesetzt wird . . .	1 Theil,
für den Vollbruder im Verhältniß zum Halbbruder	2 Theile,
und für die Vollgeschwister-Kinder, die dasjenige bekommen, was ihr verstorbener Vater, in dessen Stelle sie getreten, im Ueberlebungsfalle erhalten hätte, ebenfalls	2 Theile
auszuwerfen sind;	
	sind zusammen 5 Theile.

Es mußte also der Nachlaß in fünf Theile zerlegt, und mußten davon zwei = $^2/_5$ dem Vollbruder berechnet, die zwei Theile oder $^2/_5$

der Vollbruder-Kinder aber, und der eine Theil oder $1/5$ des Halbbruders = $3/5$ nach dem land- und marschrechtlichen Grundsatze, daß Vollgeschwister-Kinder mit Halbgeschwistern in capita wie 2 zu 1 succediren, geschehenermaaßen zwischen ihnen in dem angegebenen Verhältnisse vertheilt werden.

Nehmen wir ferner den schon mehrfach erwähnten, in den S. H. Anzeigen pro 1846, p. 301 ꝛc. mitgetheilten Fall aus dem Gute Groß-Collmar, und untersuchen, ob die von dem Justitiariate dieses Gutes vorgenommene Erbtheilung mit den Grundsätzen des Land- und Marschrechts in Uebereinstimmung steht.

Es handelt sich sich in diesem Falle nur um die Erben des verstorbenen Ehemannes, und waren auf dessen Seite:

1) eine Vollschwester,
2) zwei Vollgeschwister-Kinder,
3) ein Halbbruder,
4) eine Halbschwester und
5) ein Halbgeschwister-Kind,

zur Erbschaft berufen.

Das Justitiariat hatte nun der Vollschwester $2/5$ der ganzen Erbschaft zuerkannt und bestimmt, daß die übrigen $3/5$ unter den Vollgeschwister-Kindern, den beiden halbbürtigen Geschwistern und dem Halbgeschwister-Kinde nach Kopfzahl so aufzutheilen seien, daß erstere davon jeder 2 Pfenninge oder $2/7$, und letztere je 1 Pfenning oder $1/7$ erhielten; wogegen nach der Ansicht der sub 5 genannten Miterbin der Nachlaß so zu vertheilen gewesen wäre, daß die Vollschwester $2/7$, die beiden Vollgeschwister-Kinder zusammen $2/7$, der Halbbruder $1/7$, die Halbschwester $1/7$, und das Halbgeschwister-Kind ebenfalls $1/7$ bekommen hätten.

Daß diese Art und Weise, die Erbschaft zu theilen, mit den Grundsätzen des Land- und Marschrechts, wornach die Vollgeschwister-Kinder, in Concurrenz mit Halbgeschwistern, resp. deren Kindern, allemal einen doppelten Kopftheil verlangen können, nicht in Einklang zu bringen gewesen wäre, unterliegt keinem Zweifel; allein eben so gewiß ist es anderer Seits, daß der Theilungsmodus des Groß-Collmarer Justitiariats auch nicht den Grundsätzen des Land- und Marschrechts entspricht, sondern auf mißverstandener Anwendung

des von dem Verfasser der Abhandlung über Land- und Marschrecht angegebenen Princips beruht.

In richtiger Anwendung desselben wäre folgendermaaßen zu theilen gewesen:

die Vollschwester erhält im Verhältniß zur Halbgeburt eine doppelte Erbportion, es kommen also für sie in Berechnung . . . . 2 Theile,
und gebührt den Vollgeschwister-Kindern für ihren Stamm ebenfalls eine doppelte Portion, so daß auch für sie . . . . 2 Theile
zu berechnen sind;
der Halbbruder erhält . . . . 1 Theil,
und die Halbschwester ebenfalls . . . . 1 Theil,
sowie endlich das Halbgeschwister-Kind für dessen Stamm gleichfalls . . . . 1 Theil

machen zusammen 7 Theile.

Hiervon gebührten nun der Vollschwester 2/7, während die übrigen 5/7 zwischen den beiden Vollgeschwister-Kindern, dem Halbbruder, der Halbschwester und dem Halbgeschwister-Kinde nach dem Verhältniß wie 2 zu 1 zu vertheilen gewesen wären, so daß also, wenn der Nachlaß z. B. 21,000 ℳ betragen hätte, die Vollschwester 2/7 à 3000 ℳ gleich 6000 ℳ erhalten haben würde, von den übrigen 5/7 gleich 15,000 ℳ aber den beiden Vollgeschwister-Kindern jedem 2 Pfenninge gleich 2/7 à 2142 ℳ 13 5/7 ß gleich 4285 ℳ 11 3/7 ß,

zusammen also 4/7 gleich	8571 ℳ	6 6/7 ß
dem Halbbruder 1 Pfenning oder 1/7 gleich .	2142 „	13 5/7 „
der Halbschwester desgleichen	2142 „	13 5/7 „
und dem Halbschwester-Kinde ebenso . . .	2142 „	13 5/7 „
Summa	15000 ℳ	

zugekommen wären.

Legt man dagegen bei einer Nachlaßmasse von 21,000 ℳ unter denselben Verhältnissen die von dem Justitiariate des Gutes Groß-Collmar befolgte Theilungsweise zum Grunde, so würde die Vollschwester statt 6000 ℳ 8400 ℳ als den Betrag der ihr zu-

gesprochenen $^2/_5$ des ganzen Nachlasses erhalten haben, und wären statt 15,000 ℔ nur 12,600 ℔ unter den übrigen genannten Miterben zur Vertheilung gekommen.

Die Unrichtigkeit eines solchen Theilungsmodus tritt am schlagendsten hervor, wenn man den Fall supponirt, daß mehrere Vollgeschwister neben Vollgeschwister-Kindern und Halbgeschwistern, resp. deren Kindern, zur Erbschaft berufen wären. Nehmen wir beispielsweise an, daß

1) eine Vollschwester,
2) ein Vollbruder,
3) ein Vollbruder,
4) zwei Vollschwester-Kinder,
5) ein Halbbruder,
6) ein Halbgeschwister-Kind,

concurrirten, und folgten wir dem von dem Groß-Collmarer Justitiariate eingeschlagenen Wege, so erhielten die drei Vollgeschwister je $^2/_6$, zusammen also $^6/_6$ oder den Betrag des ganzen Nachlasses, und bliebe für die beiden Vollgeschwister-Kinder, den Halbbruder und das Halbgeschwister-Kind gar nichts zur Vertheilung übrig.

Dies würde aber

1) gegen den Grundsatz verstoßen, daß die Vollgeschwister nur eine so große Erbportion beanspruchen können, als sie erhalten haben würden, wenn die durch die Vollschwester- und Vollbrüder-Kinder Repräsentirten noch am Leben wären,
2) mit dem land- und marschrechtlichen Princip, daß das Verhältniß der Voll- und Halbgeburt, wie 2 zu 1, lediglich die Theile der Erben unter sich bestimmt, keineswegs aber als ein Verhältniß zu der Masse angesehen werden darf, in Widerspruch treten *),

*) Indem das Groß-Collmarer Justitiariat in dem vorhin erwähnten Falle der Vollschwester $^2/_5$ des ganzen Nachlasses zuerkannte, verletzte es offenbar diesen Grundsatz nicht minder, als in dem, in den Schl. Holst. Anzeigen pro 1837 p. 34 mitgetheilten Falle, in welchem es dem mit zwei Halbschwestern concurrirenden Vollbruder $^2/_3$ des ganzen Nachlasses, den Halbgeschwistern aber nur $^1/_3$ desselben zusprach.

Geht man dagegen, was den zuletzt erwähnten Fall betrifft, richtig und so zu Werke, wie im Vorhergehenden angegeben ist, so würde in nachfolgender Weise getheilt werden:

Es werden ausgeworfen:

a) für die Vollschwester . . . , ... 2 Theile
b) für den einen Vollbruder . . . . 2 Theile
c) für den zweiten Vollbruder . . . . 2 Theile
d) für die Kinder der verstorbenen Vollschwester 2 Theile
e) für den Halbbruder . . . . 1 Theil
und
f) für die Halbgeschwister-Kinder . . . . . . 1 Theil

sind zusammen 10 Theile,

so daß die Masse in 10 Theile zerfällt. Davon erhalten dann die drei Vollgeschwister je $^2/_{10}$, zusammen $^6/_{10}$, während die übrigen $^4/_{10}$ zwischen den Vollgeschwister-Kindern, den Halbgeschwistern und dem Halbgeschwister-Kinde nach Kopfzahl wie 2 zu 1 vertheilt werden.

Verfährt man stets auf solche Weise, so verstößt man nie gegen die erwähnten beiden Grundsätze, und trifft in allen Fällen mit Leichtigkeit das Richtige.

Zu bemerken ist nur noch, daß, wenn mehrere Halbgeschwister-Kinder mit Halbgeschwistern und Vollgeschwister-Kindern concurriren, sie zusammen nicht mehr, als ihr verstorbener parens im Ueberlebungsfalle bekommen haben würde, also nur eine einfache Stammportion gegen den doppelten Kopftheil der Vollgeschwister-Kinder erhalten,

cf. Falcks Sammlung, Bd. IV, p. 434.

Sie sind freilich auf solche Weise ungünstiger gestellt, als wenn sie mit Vollgeschwister-Kindern allein zusammentreffen, welchen Falles ihnen ein einfacher Kopftheil gebührt; allein, den mitconcurrirenden Halbgeschwistern gegenüber, können sie eben nur einen Stammtheil beanspruchen, sind mithin in so weit nicht schlechter gestellt, als wenn sie mit diesen allein concurriren, und wenn man ihnen im ersteren Falle mehr zugestehen wollte, so würde dies nicht anders, als auf Kosten der Halbgeschwister geschehen können.

Eine Inconsequenz liegt auch nicht in einer derartigen Vertheilung des Nachlasses, wie Paulsen,

S. H. Anzeigen pro 1848, p. 88,

cf. Anmerkung 5 zum § 11,

meint; denn wie der übrigen Miterben, so wurde im betreffenden Falle aus dem Gute Groß-Collmar auch die Erbportion des Halbgeschwister-Kindes von vornherein nach Stämmen bestimmt, und verblieb es bei der speciellen Vertheilung auch hierbei. Allerdings erhielt das Halbgeschwister-Kind effectiv nicht diejenige Summe, welche bei dem angenommenen Nachlaßbetrage von 21,000 ℛ︀ einem Stammtheil von 3000 ℛ︀ gleichkam; dies ist indeß lediglich eine Folge des Grundsatzes, daß das Verhältniß von 2 zu 1 nicht als ein Verhältniß zu der Masse betrachtet werden darf, sondern durch dasselbe nur die Theile der Erben unter sich bestimmt werden sollen. Und wollte man bei der Berechnung der Erbportion des Geschwister-Kindes unbedingt an der ursprünglichen Proportion festhalten, so würde dies unter Umständen, z. B. wenn nur ein Halbgeschwister-Kind neben zwei Halbgeschwistern, aber statt zwei, vier Vollgeschwister-Kinder vorhanden wären, zu einer Verletzung des land- und marschrechtlichen Princips, daß die Halbgeburt nur halb so viel erhält, als die Vollgeburt, mit Nothwendigkeit führen müssen *).

Eine Unbilligkeit gegen die Halbgeschwister-Kinder kann endlich in jener Theilungsweise eben so wenig gefunden werden, da dieselben nicht mehr beanspruchen können, als was ihr parens praedefunctus im Ueberlebungsfalle bekommen haben würde, dies ihnen aber auch vollständig zu Theil wird.

Der

II. Fall, in welchem die Eigenthümlichkeiten der land- und

*) Es wurde der Betrag des Nachlasses zu 21,000 ℛ︀ angenommen. Davon erhielt die Vollschwester 6000 ℛ︀, verblieben 15000 ℛ︀. Wollte man nun hiervon dem Halbgeschwister-Kinde 3000 ℛ︀ zusprechen, so kämen nur 12,000 ℛ︀ zwischen den vier Vollgeschwister-Kindern und den beiden Halbgeschwistern zur Vertheilung, und jedes der ersteren würde also nicht mehr als 2400 ℛ︀ bekommen.

marschrechtlichen Intestaterbfolge zu Tage treten, ist der der Concurrenz von Eltern mit Vollgeschwistern, oder Vollgeschwister-Kindern und Halbgeschwistern, resp. deren Kindern.

Hier wird, der Bekanntmachung vom 9. November 1773 gemäß, so getheilt, daß die Erbportion des Vaters oder der Mutter, lediglich im Verhältniß zur Vollgeburt berechnet und vorweggenommen wird, während dann das der Vollgeburt Verbleibende wieder zwischen ihr und der Halbgeburt, unter Beobachtung der im Vorstehenden entwickelten Grundsätze des Land- und Marschrechts zur Vertheilung kommt.

§ 14.

Die III. Classe.

In derselben succediren:

Halbgeschwister und deren Kinder,

wenn sie in der II. Classe, weil keine Vollgeschwister oder Vollgeschwister-Kinder, sondern nur Eltern des Verstorbenen vorhanden waren, nicht haben zur Succession gelangen können, die Eltern aber nach der Delation, jedoch vor der Antretung der Erbschaft, wieder weggefallen sind. Indem damit den Halbgeschwistern und den Halbgeschwister-Kindern, welche letztere seit Erlassung der Verordnung vom 25. Januar 1762 die Vaters-Vollgeschwister ihres verstorbenen parens, und vielmehr noch die Vaters-Vollgeschwister-Kinder ausschließen, die Erbschaft deferirt ist, werden sie, und zwar als die allein successionsberechtigten, in dieser III. Classe wieder aufzuführen sein.

Dies kann nicht zweifelhaft sein; fraglich aber mag es erscheinen, ob das Wiedervorkommen der Halbgeschwister und deren Kinder in dieser Classe von practischer Bedeutsamkeit ist. Nimmt man mit Falck,

Handbuch des S. H. Privatrechts, Bd. IV, p. 461,

an, daß nach unserem heutigen Rechte die Erbschaften durch die bloße Delation erworben werden, so ist es klar, daß die Halbgeschwister und deren Kinder nur dann, wenn die Eltern die ihnen deferirte Erbschaft ausschlagen, in der Lage sein werden, von

dem ihnen, als den zunächst Stehenden, competirenden Successionsrechte Gebrauch zu machen, und eben deshalb auch in den seltensten Fällen von diesem ihrem Rechte wirklich Gebrauch machen werden. Folgt man dahingegen der Ansicht des holsteinischen Obergerichts, wornach zur Erwerbung einer Erbschaft eine, wenn auch nicht an eine bestimmte Form gebundene Erklärung oder Handlung nothwendig erforderlich ist,

cf. S. H. Anzeigen pro 1838, p. 282,

so kann man darüber nicht in Zweifel sein, daß, abgesehen von der Repudiation der Erbschaft Seitens der Eltern, auch sonst noch Fälle vorkommen können, in denen den Halbgeschwistern und Halbgeschwister-Kindern, wegen Wegfalls der Eltern, die Erbschaft deferirt wird, und es für sie auch von Interesse ist, die nächstberechtigten Successoren zu sein.

Hinsichtlich der Art und Weise, wie der Nachlaß eintretenden Falles zu vertheilen, wird auf das im § 13 sub B Bemerkte verwiesen.

§ 15.
Die IV. Classe.

Sind keine Descendenten noch Ascendenten oder Geschwister, resp. Geschwister-Kinder des Verstorbenen von voller oder halber Geburt vorhanden, so gelangen die entfernteren Collateralen, und zwar sowohl die voll- als halbbürtigen zur Succession, wobei, was

I. die Reihenfolge betrifft, im Allgemeinen die Gradesnähe, nach römischrechtlicher Computation, entscheidet, so daß gleich nahe Collateralen von voller und halber Geburt neben einander erben. Wenn aber die Halbgeburt um einen Grad dem Erblasser näher steht, als die Vollgeburt, so tritt sie, zu Gunsten der letzteren, in Gemäßheit der im § III. der Verordnung vom 25. Januar 1762 enthaltenen Vorschrift zurück und läßt die Vollgeburt neben sich zur Erbschaft zu.

Ueber die Bedeutung dieser Bestimmung wird hier, weil dieselbe in einem speciellen, in den

Schl. Holst. Anzeigen pro 1853, S. 111 ꝛc.

mitgetheilten Falle Seitens einer der litigirenden Parteien eine von der gewöhnlichen abweichende Auslegung gefunden hat, Einiges zu bemerken sein.

Es concurrirten in dem erwähnten Falle zum Nachlasse des defuncti:

1) zwei Halbschwestern des Vaters desselben,
2) drei Vollschwester- und resp. Bruder-Kinder der Mutter des Erblassers,
3) acht Halbbruder- und Halbschwester-Kinder des Vaters desselben,

und verlangten die letzteren, mit zur Succession zugelassen zu werden, indem sie sich auf den Grundsatz des Land- und Marschrechts, daß die halbe Geburt stets miterbe, wenn die volle Geburt zur Erbschaft berufen sei, beriefen, und im Uebrigen also argumentirten:

„weil die um einen Grad näheren Halbschwestern des Vaters des Erblassers nach Vorschrift der Verordnung vom 25. Januar 1762 zu Gunsten der um einen Grad entfernteren Vollschwester- und Vollbruder-Kinder des Vaters des defcti. zurücktreten müßten, so gelangten sie auf gleiche Stufe mit den Halbbruder- und Halbschwester-Kindern des Vaters des Verstorbenen, und müßten daher nunmehr auch letztere, als gleichberechtigt, mit zur Erbschaft admittiren."

Auf den ersten Blick scheint diese Argumentation etwas für sich zu haben; bei näherer Prüfung wird sich jedoch die Unrichtigkeit derselben sofort auf das Evidenteste herausstellen.

Zunächst ist hervorzuheben, daß, wenn dem fraglichen Grundsatze in seiner Anwendung die Wirkung, als im Vorstehenden behauptet, beizulegen wäre, das Sachsenrecht selbst, dem er entlehnt ist, doch hiervon Spuren enthalten müßte, was indessen nicht der Fall ist,

cf. Wasserschleben, das Princip der Successionsordnung nach sächsischem Recht, p. 36.

Ist schon dieser Umstand allein geeignet, unsere Zweifel an der Richtigkeit einer solchen, jedenfalls neuen Theorie rege zu machen, so werden die sich daraus ergebenden Consequenzen sie

vollends als unhaltbar erscheinen lassen. Dieselbe würde nämlich in ihrer practischen Anwendung dazu führen, daß der bisherige Unterschied der Verwandtschaftsgrade in dieser Classe, so gut wie ganz beseitigt, eine ganze Reihe entfernterer Collateralen mit dem Grade nach näheren gleichzeitig zur Erbschaft zugelassen würde, und auf solche Weise eine völlig veränderte Successionsordnung Platz griffe.

Um uns dies an einem Beispiele klar zu machen, wollen wir den Fall setzen, daß außer den oben genannten Erben annoch:

a) vollbürtige Geschwister-Enkel des Vaters des Erblassers,

b) halbbürtige Geschwister-Enkel des Vaters desselben, und

c) vollbürtige Geschwister-Urenkel des Vaters des defcti.

vorhanden gewesen wären.

Die erste Consequenz, die sich bei der Anwendung jener Theorie im weiteren Verfolge ergiebt, ist nun die, daß die, in Folge des Zurücktretens der Halbschwester des Vaters des defuncti zur Succession gelangenden Halbbruder- und Halbschwester-Kinder des Vaters desselben, zu Gunsten der um einen Grad entfernteren vollbürtigen Geschwister-Enkel des Vaters des Erblassers, selbst wieder um einen Grad zurücktreten müßten. Damit wären sie aber mit den sub b genannten halbbürtigen Geschwister-Enkeln auf dieselbe Stufe gestellt, und müßten die letzteren demnach mit zur Erbschaft admittiren. Diese aber würden alsdann zu Gunsten der sub c aufgeführten Vollgeschwister-Urenkel auch wieder einen Grad zurücktreten und letztere auf solche Weise ebenfalls mit zur Succession gelangen.

Es würden also im vorliegenden Falle Vollgeschwister-Urenkel des Vaters des Erblassers mit den Halbschwestern des Vaters desselben zusammen erben, womit die oben aufgestellte Behauptung erwiesen wäre.

Daß die Verordnung vom 25. Januar 1762 dergleichen, und damit zugleich eine vollständige Umwälzung der bisherigen Successionsordnung nicht intendirt haben kann, versteht sich von selbst. Dieselbe will vielmehr lediglich den Grundsatz wegen Zurücktretens der halben Geburt auch im Gebiete des Land- und Marschrechts in ähnlicher Weise, wie derselbe im Gebiete des Sachsen-

rechts Anwendung findet, angewandt wissen, und nach Maaßgabe dessen können daher auch, wenn gleich das Land- und Marschrecht, abweichend vom Sachsenrecht, gleich nahe voll- und halbbürtige Verwandte neben einander zur Erbschaft zuläßt, bei der Concurrenz von näheren und entfernteren Collateralen von voller und halber Geburt mit der nächsten Halbgeburt, doch nur die um einen Grad entfernteren vollbürtigen, nicht aber zugleich solche halbbürtige Collateralen mit zur Succession gelangen, die an sich durch die nächste Halbgeburt ausgeschlossen sind.

Aus diesen Gründen mußten daher auch in dem vorerwähnten Falle die sub 3 aufgeführten Halbbruder- und Halbschwester-Kinder des Vaters des Erblassers mit ihrem Verlangen, an der Erbschaft mit zu participiren, — was denn auch durch Erkenntniß des Obergerichts vom 28. December 1852 geschah*) — zurückgewiesen, und die Halbschwestern des Vaters und die Vollgeschwister-Kinder der Mutter des defcti. für die allein berechtigten Erben erkannt werden.

Wenn bei derselben Gelegenheit eben jene Erben eventualiter beantragten, daß die Theilung nach Maaßgabe der Bekanntmachung vom 9. November 1773 dergestalt vorgenommen werde, daß die

---

*) In den Entscheidungsgründen des holst. Obergerichts heißt es in dieser Beziehung: „in Erwägung, daß, wenn die Justificanten sub III. (die Halbgeschwister-Kinder des Vaters des Erblassers) sich auf den Grundsatz des Land- und Marschrechts berufen, daß die halbe Geburt stets miterbe, wenn die volle Geburt zur Erbschaft berufen sei, dieser Grundsatz doch nur für diejenigen halbbürtigen Verwandten zur Anwendung kommen kann, welche nicht durch nähere halbbürtige Verwandte von der Erbschaft ausgeschlossen werden, derselbe mithin die Justificanten sub III. nicht zur Concurrenz bei der Erbschaft des defcti. verhelfen kann, weil sie durch die näheren halbbürtigen Verwandten, die Justificanten sub IV. u. VI. (die Halbschwestern des Vaters des defcti.) ausgeschlossen werden, sie auch kein Repräsentationsrecht geltend machen können, und durch den Umstand, daß die Justificanten sub IV. u. VI., die vollbürtigen Verwandten, Justificanten sub pas. V. (die Vollgeschwister-Kinder der Mutter des Erblassers), gesetzlicher Bestimmung gemäß, zur Erbschaft zulassen müssen, ein ihnen an und für sich nicht zustehendes Erbrecht nicht erhalten können."

Halbschwestern des Vaters des Erblassers ihre Erbquote so nähmen, als wenn außer ihnen nur die Vollgeschwister-Kinder der Mutter desselben vorhanden wären, der Rest des Nachlasses aber zwischen letzteren und den Halbbruder- und Halbschwester-Kindern des Vaters des defcti. nach Kopfzahl wie 2 zu 1 getheilt werde, so konnten sie, da durch die allegirte Bekanntmachung lediglich die Erbrechte der Eltern im gegebenen Falle normirt werden, und darin, wie auch in den Entscheidungsgründen des holst. Obergerichts ausgeführt ist, nicht die allgemeine Anordnung gefunden werden kann, daß in keinem Falle entferntere halbbürtige Verwandte ausgeschlossen werden dürften, mit solchem durchaus unmotivirten Antrage selbstverständlich eben so wenig gehört werden.

Was sodann

II. die Art und Weise betrifft, das Erbe unter den in dieser Classe Succedirenden zu theilen, so ist sie eine zwiefache, je nachdem dem Grade nach gleich nahe voll- und halbbürtige, oder bloß vollbürtige, oder aber nähere halbbürtige Collateralen mit nur um einen Grad entfernteren vollbürtigen Seitenverwandten concurriren.

Sind nämlich:

a) gleich nahe Seitenverwandte von voller und halber Geburt zur Erbschaft berufen, so theilen sie den Nachlaß in capita nach dem Verhältniß wie 2 zu 1; treffen

b) gleich nahe vollbürtige Seitenverwandte zusammen, so wird die Verlassenschaft unter ihnen nach Kopfzahl zu gleichen Theilen getheilt, und findet eben dieser Successionsmodus alsdann auch Statt, wenn

c) nähere halbbürtige Collateralen mit um einen Grad entfernteren vollbürtigen Seitenverwandten zur Erbschaft concurriren.

II. Abtheilung.

A. Das eheliche Güterrecht nach Land- und Marschrecht.

Vorbemerkung.

§ 16.

Das vermögensrechtliche Verhältniß der Ehegatten zu einander kann bekanntlich im Allgemeinen theils durch Vertrag, theils durch ausdrückliches Gesetz, theils aber durch Gewohnheit bestimmt werden. In Bezug auf das Gebiet des Land- und Marschrechts kann indessen nur von einem vertragsmäßigen und einem auf Gewohnheit beruhenden ehelichen Güterverhältniß die Rede sein. Denn so wie es dort kein dieses Verhältniß regelndes allgemeines Gesetz giebt, so existiren daselbst auch nicht, wie solches in Ansehung der Erbfolge der Fall ist, specielle gesetzliche Verfügungen, wodurch in der einen oder andern Hinsicht die gewohnheitsrechtlichen Normen in Betreff des ehelichen Güterverhältnisses modificirt würden.

Freilich, wenn im Gebiete des Land- und Marschrechts die Grundsätze des Sachsenspiegels über eheliches Güterrecht, wie Sarauw in seiner Abhandlung: „Prüfung der bisherigen Ansichten von ehelicher Gütergemeinschaft in den Herzogthümern Schleswig und Holstein" § 32,

Falcks Neues Staatsbürgerliches Magazin
Bd. VI. pag. 186 ꝛc.

annimmt *), wirklich Geltung hätten, so würde sich die Sache

*) Da, bemerkt Sarauw, im Amte Steinburg und einigen angrenzenden Districten, wo das Land- und Marschrecht eingeführt worden, der

anders verhalten; alsdann gäbe es aber auch überall kein eheliches Güterverhältniß nach Land- und Marschrecht, eine im Gebiete dieses Rechts das güterrechtliche Verhältniß der Ehegatten normirende Gewohnheit existirte nicht, und die bisherige Annahme einer solchen Gewohnheit erwiese sich als eine Illusion.

So ist der Sachverhalt jedoch nicht, im Gegentheil ist die Ansicht Saraums eine irrthümliche*). Denn daß das eheliche Güterverhältniß im Gebiete des Land- und Marschrechts von dem im Gebiete des Sachsenspiegels geltenden ehelichen Güterrechte wesentlich verschieden ist, ist eben so notorisch, als andrer Seits unerweislich, daß die Grundsätze des Sachsenspiegels in der angegebenen Beziehung jemals im Gebiete des Land- und Marschrechts Anwendung gefunden haben. Eher möchte noch anzunehmen

---

Sachsenspiegel unbezweifelt gelte, so könne es sich nur fragen, ob jenes Gewohnheitsrecht das sächsische Güterverhältniß während der Ehe aufgehoben habe? Soweit nun aber das Land- und Marschrecht bis jetzt bekannt geworden, sei dies nicht der Fall. — Gleichwohl werde behauptet, daß darnach allgemeine Gütergemeinschaft stattfinde, weil bei dem Tode eines Ehegatten der Ueberlebende stets die gesammten Güter mit des Verstorbenen Erben halbschiedlich theile. Man habe also für diese Meinung keinen andern Grund, als den unrichtigen Schluß von Verhältnissen nach aufgelöster Ehe auf die während derselben stattfindenden. Eine solche Theilungsart finde überdies nach mehreren Schleswigschen Statuten Statt und lasse sich ohne Annahme eines condominii ganz füglich erklären. Höchst wahrscheinlich habe, wie im angrenzenden Schauenburgischen, auch im Gebiete des Land- und Marschrechts, vor Alters die germanische Regel gegolten, daß sich das Eingebrachte der Frau bei dem Tode eines Ehegatten absondere. Diese Theilungsart habe aber gewiß oft große Unzuträglichkeit gehabt, zumal, weil nicht selten, der Schulden halber, das gesammte Vermögen als eine Masse habe betrachtet werden müssen; und je lockerer das Familienband geworden, desto leichter sei auch gütliche Uebereinkunft zwischen dem längstlebenden Ehegatten und des Verstorbenen Erben geworden. Im Schauenburgischen hätten daher letztere dem Ersteren die Wahl gelassen, ob er die Gesammtmasse grade durchtheilen, oder das Eingebrachte absondern wolle? Die erste Alternative, als die einfachste, werde nun im Districte des Land- und Marschrechts gewöhnlich vorgezogen, und daher nach und nach Regel geworden sein.

*) cf. Falck, S. H. Privatrecht, Bd. IV. p. 412. Not. 61.

sein, daß die hier geltenden Grundsätze über eheliches Güterrecht friesischen Ursprungs seien.

Da indessen ein Einfluß dieses letzteren Rechts auf die Gestaltung des ehelichen Güterverhältnisses im Gebiete des Land- und Marschrechts sich nicht mit Bestimmtheit nachweisen läßt, auch eine völlige Uebereinstimmung beider Rechte in der fraglichen Hinsicht, wie schon oben im § 2 der I. Abtheilung nachgewiesen ist, nicht Statt findet, so erscheint es jedenfalls am richtigsten, das eheliche Güterrecht in den hier in Rede stehenden Districten als ein lediglich auf Gewohnheit beruhendes, zu bezeichnen, wie solches denn auch von Falck

S. H. Privatrecht Bd. IV. pag. 457

geschieht.

Dieses Gewohnheitsrecht nun wird den nächsten Gegenstand der nachfolgenden Darstellung bilden, und zwar soll

1) von dem vermögensrechtlichen Verhältniß der Ehegatten, wie solches sich als Folge der Ehe resp. der Niederlassung im Gebiete des Land- und Marschrechts ergiebt, gehandelt, sodann aber
2) das vertragsmäßige eheliche Güterverhältniß, so weit erforderlich, berücksichtigt werden,

1. das vermögensrechtliche Verhältniß der Ehegatten, als Folge der Ehe, resp. der Niederlassung im Gebiete des Land- und Marschrechts.

§ 17.

Die Grundzüge dieses Rechtsverhältnisses.

Nach Land- und Marschrecht fließt das der freien Disposition der Ehegatten unterworfene Vermögen derselben dergestalt zu einer Masse zusammen, daß die ursprünglichen Bestandtheile, sowohl in der Ehe selbst, — insoweit nicht etwa während der Dauer derselben an die Stelle des gewohnheitsrechtlichen Güterverhältnisses ein durch Vertrag modificirtes tritt, — als nach Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten rechtlich nicht gesondert hervortreten, vielmehr die vorehelichen Rechte der beiden Ehegatten

an den einzelnen Gegenständen des beiderseitigen Vermögens in die nun entstehende Berechtigung zu einem quoten Theile an der gemeinschaftlichen Masse aufgeben. Es sind daher die Erben des verstorbenen Ehegatten, mag auch die Ehe eine kinderlose gewesen sein, keinenfalls berechtigt, das noch in specie vorhandene Eingebrachte, sondern nur die Hälfte des Werths des Gesammtguts, ausgekehrt zu verlangen, ohne daß dies von der Wahl der Erben der verstorbenen Ehefrau, durch Einwerfen des von ihr Eingebrachten, abhängt, noch es in der Willkür des überlebenden Mannes steht, durch Auskehrung der Illaten der verstorbenen Ehefrau, hierin eine Aenderung herbeizuführen.

Das eheliche Güterverhältniß nach Land- und Marschrecht characterisirt sich demnach *) als eine eigentliche **) Gütergemeinschaft,

---

*) Die Ansichten über die characteristischen Merkmale der eigentlichen ehelichen Gütergemeinschaft sind bekanntlich verschieden. Runde, deutsches eheliches Güterrecht § 67 legt in dieser Hinsicht ein besonderes Gewicht auf das Ergebniß der Trennung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten und meint, daß, wenn in solcher Veranlassung die Frau, oder deren Erben, auch die noch in specie vorhandenen Illata in keinem Falle zurückfordern, sondern nur eine Quote des vereinten Guts in Anspruch nehmen könnten, eine innere — (vide die folgende Note) — oder eigentliche Gütergemeinschaft anzunehmen sei, indem es dem juristischen Sinne widerstreite, daß eine Verwandlung des singulairen Eigenthums in ein Miteigenthum, der äußeren Gütergemeinschaft, in eine innere, erst im Moment des Todes vor sich gehen solle; — denn was eine Person bei Trennung eines Verhältnisses als ihr Recht heraus nehme, was sie bei ihrem Tode als Vermögen hinterlasse und vererbe, das müsse sie schon während des Bestandes des Verhältnisses bei ihren Lebzeiten gehabt haben. Falck S. H. Privatrecht Bd. IV p. 412 ꝛc. bemerkt dagegen, daß es gewiß unrichtig sei, aus der Art, wie die Güterverhältnisse sich nach Auflösung der Ehe gestalten, in allen Fällen auf das während der Ehe bestehende Rechtsverhältniß schließen zu wollen; die Art, wie der nachlebende Ehegatte mit den Kindern theilen solle, könne durch Rücksichten mancherlei Art sehr verschieden bestimmt werden. Als ein sicheres Kennzeichen einer Gütergemeinschaft unter Ehegatten werde es aber allemal gelten können, wenn ein gleicher, oder ein in andrer Art bestimmter Antheil von Vermögensstücken, welche in Gemäßheit der sonstigen Grundsätze

cf. Falcks Sammlung der wichtigsten Abhandlungen aus den S. H. Anzeigen Bd. III. p. 492 ꝛc. und Bd. IV. p. 413 ꝛc.

Diese Communion befaßt nun nicht bloß einzelne Vermögensstücke, sondern das gesammte bewegliche wie unbewegliche Vermögen beider Ehegatten, so weit ihnen darüber eine freie Verfügung zusteht, ohne Rücksicht darauf, ob dasselbe vor Eingehung der Ehe

---

alleiniges Eigenthum des Mannes sein würden, nach dessen Tode auf die Erben einer kinderlosen Ehefrau übergehe.

Gerber, deutsch. Privatr. p. 578, not. 6 geht in dieser Hinsicht noch weiter, und erklärt es überhaupt für irrthümlich, aus den bei dem Tode eines Ehegatten, entweder allgemein, oder, wie besonders im Lübschen Rechte, bei beerbter Ehe statutenmäßig entstehenden engeren Vereinigung des ehelichen Vermögens auf eine während der Ehe bestehende Gütergemeinschaft zu schließen; vielmehr seien solche Bestimmungen allein als Bestrebungen der Gesetze anzusehen, die Schwierigkeiten der Auseinandersetzung auf eine, förmlich willkührliche, Weise zu beseitigen, die sich, wenn sie blos den Fall beerbter Ehe beträfen, um so leichter erklärten.

Insoweit pflichte ich nun allerdings Gerber bei, daß die Art und Weise der Auftheilung der Vermögensmasse bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten nicht allein darüber entscheiden kann, ob in einem Districte wirklich eheliche Gütergemeinschaft herrscht; dagegen bin ich aber doch der Meinung, daß, da die stattfindende eigentliche Gütergemeinschaft auf den Theilungsmodus bei Trennung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten, nothwendiger Weise influiren muß, hierauf in Verbindung mit den sonst in Betracht kommenden Momenten für die Beurtheilung der Frage, ob eheliche Gütergemeinschaft Statt finde, doch auch Gewicht zu legen sei.

**) Runde, deutsches eheliches Güterrecht, §§ 54 u. 58, unterscheidet zwischen formeller Gütergemeinschaft, wo das Vermögen beider Ehegatten nur äußerlich in der Hand des Mannes vereinigt ist, dem Rechte aber getrennt bleibt, und materieller, wenn das Frauengut mit dem Vermögen des Mannes dergestalt zu einer Masse vereinigt wird, daß die ursprünglichen Bestandtheile in der Ehe, oder im Trennungsfalle rechtlich nicht gesondert, hervortreten.

Gerber, Deutsches Privatrecht § 227, Not. 1 findet jene Bezeichnung unpassend, und hat derselben die der „Gütereinheit“ resp. „Gütergemeinschaft“ substituirt.

oder während dieser, sei es auf welche rechtliche Art und Weise es wolle *), erworben ist; die eheliche Gütergemeinschaft nach Land- und Marschrecht ist mithin eine allgemeine.

Daß dieses Verhältniß nicht als ein condominium zu betrachten, darin pflichte ich Sarauw l. c., wenn auch nicht aus dem von ihm angeführten Grunde **) bei, und nehme, namentlich auch mit Rücksicht auf die bei der Auftheilung der gemeinschaftlichen Vermögensmasse zur Anwendung kommenden Grundsätze, an, daß dasselbe auf den, freilich durch die überwiegenden Rechte des Mannes vornehmlich modificirten Begriff einer Rechtsgemeinschaft nach ideellen Theilen, zurück zu führen sei.

vergl. Runde, Deutsches eheliches Güterrecht § 63 und Gerber, Deutsches Privatrecht § 233.

---

*) Wenn Falck, S. H. Privatr., Bd. IV. p. 461, es besonders betont, daß auch Erbschaften, welche einem der Ehegatten zufallen, als zur Gütergemeinschaft gehörig, anzusehen sind, so scheint mir dazu keine Veranlassung vorzuliegen, da in Betreff derselben, sofern sie während der Dauer der Gemeinschaft wirklich erworben worden — was aber von Allem gilt, was als in die Communion übergegangen, betrachtet werden soll — keine anderen Grundsätze Platz greifen, als in Ansehung sonstiger Gegenstände. — Bei Erbschaften kommt es aber wesentlich darauf an, ob sie nach unserem Rechte, schon durch die Delation erworben werden, oder nicht. Wird die Frage jedoch so gestellt, so gehört deren Beantwortung nicht in die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft. — Stellt man sie dagegen so: „sind nach Land- und Marschrecht deferirte Erbschaften als zur Communion gehörend zu betrachten?“ so ist eine Untersuchung hierüber nicht nur am Platze, sondern auch geboten. Weil indessen diese Frage mehr noch, als in die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft, in die von der fortgesetzten Gütergemeinschaft eingreift, so wird die Beantwortung derselben passender bis zur Darstellung der in Betreff der letzteren geltenden Grundsätze aufgeschoben.

**) Sarauw erklärt sich nicht deshalb gegen die Annahme eines s. g. Gesammteigenthums, weil dasselbe etwas in sich Widersprechendes ist, Runde l. c., sondern lediglich aus dem Grunde, weil durch ein derartiges Verhältniß die Ehevogtschaft des Mannes ausgeschlossen werde, was nicht einmal richtig ist.

§ 18.
Die Stellung der Ehegatten zur gemeinschaftlichen Vermögensmasse, und die Schuldenverhältnisse.

1. Die Stellung des Mannes betreffend.

Abgesehen von etwanigen durch letztwillige Verfügung, oder durch richterliches Erkenntniß wegen Verschwendung, oder aus sonstigen triftigen Gründen angeordneten Beschränkungen, so wie etwanigen vertragsmäßigen Modificationen des ehelichen Güterverhältnisses, ist im Gebiete des Land- und Marschrechts der Ehemann im Allgemeinen nicht nur zur freien Verwaltung des gesammten ehelichen Vermögens, ohne Rücksicht darauf, ob es von ihm, oder der Frau, in die Ehe gebracht, oder erworben, wie nicht minder zur uneingeschränkten Benutzung und zum beliebigen Gebrauche desselben berechtigt, sondern er hat darüber auch die freieste Verfügungsgewalt, so, daß er sowohl die beweglichen, als unbeweglichen Bestandtheile des Gesammtguts, ohne Rücksicht auf deren Herkunft und Erwerb, einseitig, mithin ohne an die Concurrenz und Zustimmung der Frau gebunden zu sein*), beliebig durch Uebertragung

*) Wie es dem Manne unbestritten zusteht, ohne Concurrenz der Frau auf ihren Namen lautende Capitalien aufzukündigen, zu erheben, und dafür gültig zu quittiren, resp Delirungsconsens zu ertheilen, ebenso muß er auch kraft der ihm eingeräumten unbeschränkten Verfügungsgewalt für rechtlich befugt erachtet werden, auf ihren Namen stehende Grundstücke, wie Anderen, so auch sich selbst, zuschreiben zu lassen (hiermit stimmt, in Bezug auf Hamburgisches Recht, nach welchem auch das Vermögen der beiden Ehegatten eine ungetheilte Masse bildet, überein Baumeister, Privatrecht der freien und Hansestadt Hamburg, Bd. II. p. 71.) Wird es demgemäß nun zwar in der hiesigen Praxis nicht verhalten, pflegt vielmehr herkömmlich die Umschreibung eines auf dem Namen der Frau stehenden Grundstücks auf den Namen ihres Mannes bisher stets nur auf den Antrag der Frau zu erfolgen, so liegt diesem Verfahren doch keine rechtliche Nothwendigkeit zum Grunde, wie auch sonst keine Veranlassung dazu vorhanden, da durch eine solche Umschreibung eine Veränderung des rechtlichen Verhältnisses der Frau zu dem betreffenden Grundstück nicht bewirkt wird. Es ist daher auch, wie ich hier beiläufig bemerken will, juristisch nicht zu rechtfertigen, wenn der Staat, in Veranlassung der Umschreibung eines Grundstücks im Gebiete des Land- und

des Eigenthums, Einräumung von dinglichen Rechten, Cession, Schenkung u. s. w. zu veräußern befugt ist. Er ist demnach regelmäßig der ausschließlich legitimirte Vertreter der gemeinschaftlichen Vermögensmasse gegen den Staat, wie gegen Dritte, sowohl vor Gericht, als außergerichtlich, und sowohl activ, als passiv.

Aus dieser Stellung des Mannes resultirt unbezweifelt*) auch die Befugniß desselben, nicht nur in dem Falle, da der Frau ein Vermögen durch Erbschaft, oder auf sonstige Weise zufällt, dieses, ohne ihre Concurrenz, Namens derselben, entgegen zu nehmen und gültig dafür zu quittiren, sowie die etwa sonst noch erforderlichen Acte, vorzunehmen, sondern auch dann, wenn die Geltendmachung von Ansprüchen auf ein der Frau vermeintlich competirendes Vermögen, oder Vermögensstück zur Frage steht, ohne Zuziehung der Frau lediglich uxor noie, alle darauf bezüglichen Handlungen vor Gericht, wie außergerichtlich, vorzunehmen resp. zu deren Vornahme Jemand zu bevollmächtigen.

Da übrigens der Ehemann nicht Eigenthümer des Gesammtguts ist, so folgt daraus von selbst, daß er bei Acten der Freigebigkeit, seien es nun Schenkungen unter Lebenden oder auf den Todesfall, wenn sie der Frau, oder deren Erben, gegenüber gültig sein, und von ihnen unangefochten bleiben sollen, keinenfalls seinen

---

Marschrechts vom Namen der Frau, auf den des Mannes, die 1/2 % Uebertragungssteuer beansprucht, denn durch die Umschreibung geht weder ein Besitzwechsel vor sich, noch werden dadurch dem Manne Rechte übertragen, die er nicht schon vorher hatte.

*) Dieser Grundsatz ist, so weit meine Kunde reicht, bisher nur in einem Falle, in welchem es sich um die Geltendmachung von Erbansprüchen an den Nachlaß eines in Altona verstorbenen, früher in der Cremper Marsch possessionirten Einwohners handelte, insofern nicht anerkannt worden, als von dem dortigen Rechtsbeistande den in der Cremper Marsch wohnhaften Erben, zu denen mehrere an Eingesessene dieser Marsch verheirathete Frauen gehörten, es für durchaus nothwendig erklärt wurde, daß letztere die an ihn auszustellende Vollmacht mit ihren resp. Ehemännern, als Curatoren, unterschrieben. — Man fügte sich zwar diesem Verlangen, dasselbe war aber jedenfalls ein rechtlich unbegründetes, da nicht das, was in Altona, sondern in der Cremper Marsch, in dieser Beziehung Rechtens, als maaßgebend zu betrachten.

ideellen Antheil am gemeinschaftlichen Vermögen überschreiten darf, wie er denn auch nur über diesen seinen Antheil zu testiren befugt ist.

2. Die Stellung der Frau betreffend.

Der Frau steht unbestritten ein Recht zu auf den Mitgebrauch und den Mitgenuß an dem in der Hand des Mannes vereinten Vermögen; der Antheil selbst ist jedoch im Allgemeinen lediglich von dem Ermessen des Mannes abhängig.

Ihre Handlungsfähigkeit ist, was sich schon aus dem über die Rechte des Mannes Angeführten ergiebt, nach Land- und Marschrecht eine beschränkte. Sie hat regelmäßig keine anderen Dispositionsbefugnisse, als diejenigen, welche sich aus ihrem rechtlichen Verhältniß zur Hauswirthschaft ergeben, und nur die innerhalb der durch allgemeine Sitte und Gewohnheit bestimmten Grenzen dieses Gebiets von ihr getroffenen Verfügungen *) und eingegangenen Verpflichtungen **) sind als gültig und für den Mann als rechtsverbindlich zu betrachten;

cf. Falck, S. H. Privatr. Bd. IV. p. 462.

Beruhen jedoch die von der Frau außerhalb jener Grenzen vorgenommenen Handlungen auf besonderem Auftrage des Mannes, so ist derselbe selbstverständlich zur Anerkennung derselben verpflichtet, und die gemeinschaftliche Masse dafür verhaftet. Ebenso kann aber auch die Frau durch die Theilnahme an den Geschäften des Mannes, diesen verbinden, wenn er sie dazu ein für allemal ausdrücklich, oder stillschweigend, vor dem Publicum legitimirt hat, oder eine solche Legitimation aus der Art des Geschäftsbetriebes folgt.

vergl. Runde, Deutsches eheliches Güterrecht § 41.

---

*) als Eingehung und Aufhebung von Verträgen mit weiblichen Dienstboten, Verwerthung der auf dem ihr anvertrauten Wirthschaftsgebiete erzielten Producte 2c.

**) nämlich solche, welche aus der Anschaffung von Lebensmitteln und der Bedürfnisse für sich und die, deren Subsistenz dem Manne obliegt 2c. erwachsen.

Endlich ist es der Frau unbenommen, über ihren ideellen Antheil an dem gemeinschaftlichen Vermögen letztwillig zu verfügen. Uebt sie dieses Recht auch für gewöhnlich in Gemeinschaft mit dem Manne, und mit dessen Zustimmung unter dem Beistande eines mit seinem Vorwissen erbetenen oder gerichtlich bestellten Curators aus, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß sie, in gegebener Veranlassung, ebensowohl einseitig und ohne Zustimmung des Mannes, oder sogar gegen seinen Willen und mit einem beliebig gewählten Curator, über ihren Antheil am Gesammtgute zu testiren rechtlich befugt ist.

3. Die Schuldenverhältnisse betreffend.

Daß die vorehelichen Schulden beider Ehegatten aus dem gemeinen Gute zu bezahlen sind, ist im Gebiete des Land- und Marschrechts unbestritten auch eine nothwendige Consequenz der daselbst stattfindenden allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft, indem die Wirkung derselben, als einer Rechtsveränderung, wie schon

Gerber, Deutsches Privatrecht § 233, Not. 13,

bemerkt, sich grade darin zeigt, daß nun auch die Schulden der Ehegatten gemeinschaftlich werden, und zwar so, daß nicht nur das beiderseitige Vermögen dafür haftet, sondern daß sie auf die Personen der Ehegatten zu gleichen Theilen übergehen. — Wie es bei diesen Schulden nicht darauf ankommt, ob sie hypothekarische, resp. in den in die Ehe gebrachten Grundstücken radicirte sind, oder aus Wechseln, oder einfachen Verschreibungen, herrühren, so influirt es auch nicht, daß sie von dem betreffenden Ehegatten, vor Eingehung der Ehe, dem anderen verschwiegen, oder verheimlicht worden sind.

Was die während der Ehe, und der Dauer der allgemeinen Gütergemeinschaft entstandenen betrifft, so haftet

a. für die vom Manne contrahirten, insoweit die Contrahirung zu einer Zeit stattfand, da seine Dispositionsbefugniß eine uneingeschränkte war, und vorausgesetzt, daß seine Handlungen nicht etwa aus sonstigen Gründen (wegen Irrthum, Betrug 2c.), anfechtbar sind, das gemeine Gut unbedingt;

b. für die von der Frau contrahirten aber, von etwaigen

Delictschulden abgesehen, nur insoweit, als sie die Grenzen des Gebietes ihrer Handlungsfähigkeit nicht überschritten, und der Mann demnach ihre Handlungen anzuerkennen verpflichtet ist.

§ 19.

Von dem Beginne und dem Aufhören der ehelichen Gütergemeinschaft.

Vorausgesetzt, daß nicht durch Ehepacten ein von dem gewohnheitsrechtlichen abweichendes Güterverhältniß festgesetzt worden ist, tritt im Gebiete des Land- und Marschrechts die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft sogleich nach vollzogener Heirath und erfolgter Domicilirung daselbst ein. Der Eintritt derselben ist also nicht, wie z. B. nach lübschen oder nordstrander Recht, durch die Geburt von Kindern bedingt.

Falcks Sammlung Bd. IV. p. 418 u. 19.

Ob die Niederlassung der Ehegatten im Gebiete des Land- und Marschrechts die erste nach ihrer Verheirathung ist, oder in Folge Uebersiedelung aus einem andern Rechtsgebiete stattfindet, ist bei der anerkannten Wandelbarkeit des ehelichen Güterrechts hier zu Lande,

cf. Falck, S. H. Privätr. Bd. I. p. 150 und
Bremer, in der Zeitschrift für deutsches Recht und
deutsche Rechtswissenschaft Bd. 18. p. 259.

von keiner Relevanz.

Die eheliche Gütergemeinschaft hört resp. durch vertragsmäßige Aufhebung derselben während der Dauer der Ehe, durch Uebersiedelung in ein anderes Rechtsgebiet, durch Scheidung und durch den Tod eines der Ehegatten auf. Die Auflösung durch den Tod eines Ehegatten hat jedoch für den überlebenden nicht unbedingt die Ausscheidung des Vermögensantheils des verstorbenen zur Folge, vielmehr kann der erstere, bei dem Vorhandensein von Kindern, mit diesen in ungetheilten Gütern sitzen bleiben, woraus sich dann ein neues eigenthümliches Güterverhältniß, die fortgesetzte Gütergemeinschaft, von der demnächst zu handeln ist, gestaltet.

2. Das vertragsmäßige eheliche Güterverhältniß betreffend.

§ 20.

Das Institut der ehelichen Gütergemeinschaft ist in der Theorie vom sittlichen und juristischem Standpuncte aus, sowie seinem practischen Werthe nach, sehr verschieden beurtheilt worden. Während nach der Behauptung der Anhänger derselben, die eheliche Gütergemeinschaft dasjenige Rechtsinstitut ist, in welchem die sittliche Idee der Ehe, wie sie im Bewußtsein des deutschen Volkes lebt, recht eigentlich ihren Ausdruck findet, erblicken die Gegner*) der

*) Zu diesen gehört vornehmlich Professor v. Gerber, welcher sich in seinen und Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. I. p. 243 ꝛc. folgendermaaßen äußert: „die vollendete Lebensgemeinschaft, welche das Wesen der Ehe, und, wenn man so will, ganz vorzüglich der deutschen Ehe darstellt, ist eine sittlich freie; sie vernichtet keineswegs die selbstständige Persönlichkeit der Ehegatten, verwandelt sie nicht in „eine Person," sondern begründet nur eine unwandelbare Einigung derselben im Wollen und Handeln. — Eine unmittelbare Beziehung auf das Vermögen hat die Ehe nicht; aber als ein den ganzen Menschen erfassendes Verhältniß bleibt sie nicht ohne allen Einfluß auf diese wichtige Seite des äußeren Lebens. Ihre Forderung in Bezug auf das Gebiet des Vermögens besteht aber offenbar nur darin, daß hier jene Einigung im Wollen und Handeln, welche im Wesen der Ehe überhaupt liegt, nicht unterbrochen werde. Aber auch hier ist diese keine mechanische, sondern eine sittliche, auf freier Unterwerfung unter das Gesetz der Liebe beruhende, d. h. im Gefühle des Gatten wird der eigennützige Gedanke des Sondervermögens keinen Raum finden, jeder wird sein Vermögen ohne Rückhalt, als den Zwecken der Ehe dienstbar, betrachten. — Nun ist es doch offenbar, daß es nicht die Aufgabe des Rechts sein kann, dieses Resultat in plumper Zudringlichkeit durch eine Zwangseinrichtung, festzustellen, aus jenem edeln Gedanken die rohe Consequenz einer mechanischen Eigenthumstheilung bei der Ehe zu ziehen. Ich läugne nicht, mir hat das Institut der Gütergemeinschaft immer den Eindruck einer juristischen Petulanz gemacht, eines frivolen und zerstörenden Eingriffs in ein Verhältniß sittlicher Freiheit. Es liegt etwas Verletzendes und Beschämendes in einer Vorschrift, welche ankündigt: „sobald Du heirathest, verlierst Du die Hälfte Deines Vermögens,

ehelichen Gütergemeinschaft darin eine juristische Petulanz, einen

---

gewinnst aber die Hälfte des Vermögens Deines Gatten." Allerdings wird dieser Eindruck gemindert, wenn man als das Wesen der Gütergemeinschaft nicht ein Communionsverhältniß zu ideellen Theilen, sondern das s. g. Gesammteigenthum annimmt, das jeden Gatten zum Eigenthümer des ganzen Vermögens macht. Ich brauche aber nicht zu wiederholen, daß dieser Begriff juristisch unmöglich ist, und möchte hier nur die Bemerkung anknüpfen, daß diese wissenschaftliche Unmöglichkeit des Gesammteigenthums auf den irrthümlichen Glauben zurück zu führen ist, für jene Forderung des sittlichen Lebens eine privatrechtliche Formel gewinnen zu können. Dasselbe gilt von dem Versuche, die Gütergemeinschaft in der Fiction der Ehe als einer juristischen Person zu retten.

So wie nun die Gütergemeinschaft, d. h. eine durch die Ehe bewirkte Eigenthumsveränderung, nach dem Angeführten nicht als eine Forderung des Wesens der Ehe, so wie sie ferner anerkanntermaaßen nicht als das eigentlich deutsche Institut betrachtet werden kann, so empfiehlt sie sich andrerseits auch nicht durch einen etwaigen practischen Werth.

In dieser Hinsicht hat man wohl als einen Vorzug derselben die „Einfachheit" gerühmt, mit welcher die Vermögensverhältnisse der Ehegatten geordnet würden. Man kann dies bis auf einen gewissen Grad zugeben; es ist einfach, wenn das Gesetz sagt: jeder Gatte hat zu jeder Zeit von dem ganzen vorhandenen ehelichen Vermögen, mag es wachsen oder schwinden, die Hälfte. Allerdings ist bevormundende Willkühr des Gesetzes in der Regel „einfach," aber sie ist zugleich eine Verletzung der Persönlichkeit, und dieser Nachtheil möchte schwerlich durch jenen Vorzug ausgeglichen werden. Man hat auch wohl angeführt, daß in gewerbreichen Städten die Gütergemeinschaft wünschenswerth sei, weil es den Credit des Handelsmannes vermehre, wenn man wisse, daß auch das Vermögen der Frau den Gläubigern unbedingt verhaftet sei; allein auch diese Empfehlung des Instituts möchte sich kaum bewähren. Entweder wird die Frau ohnedem kraft freien Entschlusses ihr Vermögen dem Manne für seine gewerblichen Zwecke zur freien Verfügung stellen, — dann bedarf es keiner Zwangsvorschrift, — oder sie wird dies nicht wollen, — dann ist ein Gesetz ungerecht, das sie willenlos macht, und die Ehe zum merkantilischen Speculationsmittel herabwürdigt. Legt man überhaupt den Maaßstab der Zweckmäßigkeit in Rücksicht auf die Verschiedenheit der menschlichen Lebensverhältnisse an, so wird man bald finden, daß das Gebiet nur sehr klein ist, auf dem die practische Wirksamkeit der Gütergemeinschaft nicht gradezu verletzend ist; abgesehen davon, daß sie für die Fälle nicht paßt, wo das Vermögen eines Gatten in geschlossenen

frivolen und zerstörenden Eingriff in ein Verhältniß sittlicher Freiheit und gestehen ihr selbst nicht einmal einen besonderen practischen Werth zu.

Wie jedoch die Volksanschauung nicht immer mit den Ansichten der Theorie übereinstimmt, und das practische Leben die auf dem Gebiete abstracter wissenschaftlicher Kritik zu Tage tretenden Härten und Schroffheiten abschwächt und mildert, so auch hier; denn die Stellung der Frau im Gebiete des Land- und Marschrechts ist factisch keineswegs in gleichem Maaße eine untergeordnete, als ihre Handlungsfähigkeit rechtlich beschränkt ist, vielmehr hat ihre Stimme, wo nicht Unfriede das eheliche Verhältniß gestört hat, im Familienrathe stets die Geltung, die sie, als Lebensgefährtin des Mannes, mit dem sie die Freuden und das Glück, wie die Sorgen und Mühen des Lebens theilen soll, sittlich beanspruchen darf; so, daß sie selbst in den Fällen, wo es bei Eingehung der Ehe, ganz von ihrer Willkühr abhängig, sich eine rechtlich einflußreichere Stellung zu verschaffen, dies regelmäßig verschmäht, — Andrer Seits wird der ehelichen Gütergemeinschaft wegen ihres Einflusses auf die günstige Gestaltung der Creditverhältnisse, ein hoher practischer Werth von den Bewohnern jenes Rechtsgebiets beigelegt, wie dies sich aus dem im § 1 der I. Abtheilung referirten Inhalte des Gesuches der klösterlich Itzehoer Marscheingesessenen um Beibehaltung des Land- und Marschrechts zur Genüge ergiebt.

So ist es denn erklärlich, daß vertragsmäßige Abänderungen des land- und marschrechtlichen Güterverhältnisses der Ehegatten zu den großen Seltenheiten gehören, und können sich, in Folge davon, auch keine eigenthümlichen Gewohnheiten in Betreff derartiger Verträge gebildet haben. Von einem vertragsmäßigen ehelichen Güterrecht nach Land- und Marschrecht kann demnach nicht die Rede sein.

Stamm-, Lehen- oder Bauerngütern besteht, wird sie ungerecht, wenn nur ein Ehegatte reich oder erwerbfähig ist, indem sie in Fällen der Ehescheidung, oder der Auflösung der Ehe durch den Tod, einen Theil der Güter, die der überlebende reiche oder erwerbfähige Gatte, als sein Vermögen in die Ehe brachte, oder während derselben erwarb, ohne allen Grund ihm entzieht, und dritten Personen zuwendet."

Was die Form der Eheverträge betrifft, so gilt zwar für die Cremper- und Wilster-Marsch die Bestimmung, daß sie bei schriftlicher Errichtung in den resp. Landschreibereien ausgefertigt und vollzogen werden müssen; als ein land- und marschrechtlicher Grundsatz ist dies jedoch nicht zu betrachten, beruht vielmehr auf ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift.

cf. die Mandate vom 8. Decbr. 1629 und
24. September 1670.
Corp. Const. Hols. II. p. 23 u. 24 ꝛc.

B. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft.

§ 21.

Begriff derselben.

Eine Begriffsbestimmung der fortgesetzten Gütergemeinschaft gehört zwar eigentlich nicht hierher, sondern in die Darstellung des gemeinen deutschen, resp. des vaterländischen Privatrechts überhaupt. Da jedoch dieses Rechtsinstitut verschieden aufgefaßt wird, und man also, je nachdem man sich auf diesen oder jenen Standpunct stellt, zu verschiedenen Resultaten gelangt, so ist es, um eine sichere Basis für die weiteren Ausführungen und deren richtige Beurtheilung zu schaffen, ganz unvermeidlich, zunächst den Begriff, welcher mit der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu verbinden ist, genau zu fixiren.

Unter fortgesetzter Gütergemeinschaft im eigentlichen Sinne verstehe ich nun dasjenige güterrechtliche Verhältniß, welches nach Auflösung der beerbten Ehe, durch den Tod eines Gatten, zwischen dem überlebenden und den gemeinschaftlichen eheleiblichen, oder, in Folge von Einkindschaft, oder Adoption, als eigene, angenommenen unmündigen Kindern, als Folge davon entsteht, daß das während der Ehe gemeinschaftliche Vermögen unaufgetheilt bleibt.

§ 1 der Vorm.-Ordn. vom 13. September 1743 und
§ 2 der gemeinschaftl. Vorm.-Verordn. v. 28. Sept. 1767.

Wenn daher

Falck, S. H. Privatr. Bd. IV. p. 433,

meint, daß eine fortgesetzte Gütergemeinschaft auch da vorkommen könne, wo keine eheliche Gütergemeinschaft stattfinde, wie im Gebiete des Sachsenspiegels, und Mittermaier

Deutsches Privatrecht Th. II. § 404,

behauptet, daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eine voraufgegangene eheliche Gütergemeinschaft voraussetze, so kann ich dem nicht beipflichten, da es mir weder gerechtfertigt, noch passend zu sein scheint, ein Verhältniß, wie es in denjenigen Rechtsgebieten, wo das System des Sonderguts gilt, nach Trennung der Ehe durch den Tod zwischen dem überlebenden, in ungetheilten Gütern sitzen bleibenden Ehegatten, und den beiderseitigen unmündigen Kindern entsteht, als eine fortgesetzte Gütergemeinschaft zu bezeichnen, weil dieses Verhältniß keine Gütergemeinschaft ist, und, wenn dem auch so wäre, doch, da eine solche nicht vorhergegangen ist, von einer Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht die Rede sein kann.

Ebensowenig bekenne ich mich zu der Ansicht, daß sich im Gebiete des Land- und Marschrechts die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht auf den überlebenden Ehegatten, und die von diesem in der Ehe mit dem verstorbenen erzeugten Kinder beschränke; daß vielmehr daselbst auch eine zwischen dem überlebenden und den Seitenverwandten des verstorbenen Ehegatten fortgesetzte Gütergemeinschaft als ein jenem Rechtsgebiete eigenthümliches Institut vorkomme. *)

---

*) Diese Ansicht wurde in Veranlassung eines Collateralsteuer-Falles in dem Gute Seestermühe, von dem jetzt verstorbenen Kanzeleirath Matthiessen, als damaligem Gerichtshalter jenes Gutes, in einem, an das Holsteinische Obergericht am 23. Juni 1861 erstatteten Berichte verfochten, und zu deren Begründung im Wesentlichen Folgendes angeführt:

„Die zufolge des Land- und Marschrechts stattfindende allgemeine eheliche Gütergemeinschaft endige nicht immer bei dem Aufhören der Ehe, sondern könne sowohl mit Kindern, als mit Ascendenten und Collateralen fortgesetzt werden. Freilich verstehe man im gewöhnlichen Sinne unter einer fortgesetzten Gütergemeinschaft nur den Fall, wenn der conjux superstes mit seinen Kindern in ungetheilten Gütern lebe; aber die Fälle, in denen eine solche Communion mit anderen Verwandten fortgesetzt werde, seien, wie die

Nach den desfälligen Ermittelungen des holsteinischen Obergerichts stellt sich nämlich die Annahme eines solchen eigenthümlichen land- und marschrechtlichen Instituts als ungerechtfertigt dar. Wohl kommt es im Gebiete des Land- und Marschrechts, und, in einzelnen Districten desselben, vielleicht häufiger vor, daß der überlebende Ehegatte auch alsdann, wenn die Ehe unbeerbt war, und die nächsten Erben des verstorbenen Gatten Seitenverwandte desselben sind, in ungetheilten Gütern sitzen bleibt; allein, wie dieses Verhältniß sich von der fortgesetzten Gütergemeinschaft im eigentlichen Sinne schon dadurch wesentlich unterscheidet, daß es nicht auf einem selbstständigen Rechte des überlebenden Ehegatten, sondern entweder auf der stillschweigenden oder ausdrücklichen Zustimmung der Erben des verstorbenen Ehegatten, oder aber auf letztwilliger Anordnung desselben beruht, so findet es andrer Seits nicht ausschließlich in den Districten, wo Land- und Marschrecht gilt, sondern auch in andern Rechtsgebieten Statt.

Gegen die obige Begriffsbestimmung der communio prorogata kann übrigens eingewandt werden, daß darunter nicht diejenigen Fälle mitbegriffen seien, wenn

1) ein überlebender Ehegatte mit
   a. theils mündigen, theils unmündigen,
   b. lauter mündigen Kindern,
2) der Großvater oder die Großmutter mit Kindeskindern,

---

betreffenden Steuerlisten ergäben, durchaus nicht selten und analogisch ihrem Wesen und Begriffe nach mit der ersten Art der communio bonorum prorogata völlig identisch. Man möge nun die Gütergemeinschaft als ein condominium, als mystische Person, als Societät, oder als eine Rechtsgemeinschaft ansehen, so bleibe dies für den Einfluß des Land- und Marschrechts auf die Fortsetzung derselben, gänzlich indifferent, indem bei einer fortgesetzten Gütergemeinschaft die nächsten Blutsverwandten des Verstorbenen nicht als dessen Erben, sondern als Genossen der Communion, an seine Stelle träten, und diese Communion erst alsdann aufhöre, sobald die Theilung einträte. Bis dahin habe der überlebende Ehegatte ganz entschieden das Recht, auf den Besitz und Genuß des ganzen Vermögens und repräsentire und verwalte dasselbe rücksichtlich aller Activa und Passiva."

in ungetheilten Gütern sitzen bleiben, woran doch in der Praxis ähnliche Wirkungen geknüpft zu werden pflegen, als an den Fall der Fortsetzung des ehelichen Güterverhältnisses zwischen dem überlebenden Ehegatten und dessen eheleiblichen unmündigen Kindern.

So unbestreitbar es nun auch ist, daß die Vormünder-Verordnung vom 13. September 1743 und die gemeinschaftliche vom 28. September 1767 lediglich den letzterwähnten Fall vor Augen haben, so läßt es sich doch andrer Seits nicht in Abrede stellen, daß herkömmlich auch die sub 1. a. und b. genannten Fälle, mit unter die fortgesetzte Gütergemeinschaft subsumirt werde, obwohl, namentlich wenn lauter mündige Kinder bei dem Tode des einen Ehegatten mit dem überlebenden die Communion fortsetzen, kaum ein genügender Grund vorliegen dürfte, dieses Verhältniß anders zu beurtheilen, als wenn die als Erben des verstorbenen Ehegatten concurrirenden Seitenverwandten dem conjux superstes in ungetheilten Gütern sitzen lassen.

Da sie indessen im Gebiete des Land- und Marschrechts in den wesentlichsten Beziehungen von dem ersteren Falle abweichen, so so wird man, um sie unter „fortgesetzter Gütergemeinschaft" mitbefassen zu können, den Begriff dieser zu erweitern, und zwischen einer communio prorogata im eigentlichen oder engeren, und einer solchen im weiteren Sinne, zu unterscheiden haben, unter welche letztere dann zunächst jene beiden Fälle gehören würden.

Ob aber auch der sub 2 aufgeführte Fall im Gebiete des Land- und Marschrechts unbedingt unter diesen weiteren Begriff der fortgesetzten Gütergemeinschaft fällt, ist fraglich und wird hier näher zu untersuchen und festzustellen sein.

Während man, von dem Gebiete des Land- und Marschrechts abgesehen, im Allgemeinen dem Großvater das Recht zugesteht, die Gütergemeinschaft mit den Kindeskindern fortzusetzen, sind die Ansichten darüber, ob auch der Großmutter eine gleiche Befugniß einzuräumen sei, getheilt.

Nach der Meinung Esmarch's,

Handbuch des Erbrechts im Herzogth. Schleswig, p. 507,

ist diese Frage zu verneinen *), während nach der Ansicht Forchhammer's,

Lehre von der Vormundschaft nach den im Herzogthum Holstein geltenden Rechten, p. 11,

die Großmutter zur Fortsetzung der Communion mit den Enkeln **)

---

*) Esmarch bemerkt: „da die Gesetze das Recht der Großmutter, im Besitze der Gesammtmasse zu verbleiben, nicht erwähnen, eine sonstige Gemeinschaft der Güter auch zwischen Großmutter und Enkeln nicht stattfindet, und die Großmütter nicht Vormünder ihrer Enkel sind, so möchten um so mehr überwiegende Gründe dafür sprechen, daß die der Mutter zustehende Rechtswohlthat des ferneren Verbleibens in ungetheilten Gütern auf die Großmutter nicht anzuwenden sei, da der Strenge nach das Recht des mündigen Kindes, sofortige Theilung zu verlangen, auf die unmündigen Enkel übergegangen ist. Wenn es auch bei einigen Untergerichten in dieser Beziehung anders verhalten sein mag, so wird sich doch schwerlich eine der eben geäußerten Ansicht widersprechende Praxis gebildet haben."

Derselbe Schriftsteller bemerkt in seinem Handbuche des bürgerlichen Rechts im Herzogthum Schleswig, p. 296, daß es wenigstens zweifelhaft sei, ob die Großmutter befugt sei, mit den Enkeln in ungetheilten Gütern zu bleiben.

) Wie Forchhammer, so hat auch Esmarch nur den Fall, daß **unmündige Enkel als Erben zum großväterlichen Nachlaß concurriren, vor Augen, wie sich denn auch die Streitfrage, weil **mündigen** Enkeln es unverwehrt ist, die Großmutter in ungetheilten Gütern sitzen zu lassen, nur auf jenen Fall bezieht. Genauer wäre es aber doch, das Wort „unmündig" hinzuzufügen. — Wenn das aber auch geschieht, und man die Frage so stellt, ist die Großmutter berechtigt, mit ihren unmündigen Enkeln in ungetheilten Gütern sitzen zu bleiben, so ist sie damit doch noch nicht genau präcisirt. Denn sie betrifft nicht alle Fälle ohne Unterschied, in welchen unmündige Enkel in den großväterlichen Nachlaß succediren, sondern eigentlich nur den, daß die Enkel den Großvater aus eigenem Rechte, nicht jure repraesentationis, beerben. — Es kann nämlich gar nicht streitig sein, daß wenn der von den Großeltern abstammende parens der Enkel den Großvater überlebt, und nach dem Tode des letzteren mit der Großmutter die Gütergemeinschaft fortsetzt, und nun vor deren Aufhebung stirbt, die Großmutter mit den Enkeln, insoweit nicht der überlebende Ehegatte, als natürlicher Vormund derselben, resp. cum cur. et assistente auf Theilung dringt, in Communion zu verbleiben, oder genauer,

berechtigt ist, und zwar als Vormünderin, wenn sie bei dem Tode des zuletzt verstorbenen Ehegatten noch mit diesem in Gütergemeinschaft lebte.

Das Holsteinische Obergericht hat, ohne eine desfällige Beschränkung,

a. in einem Falle aus der Grafschaft Ranzau,
cf. Holst. Anz. pro 1863 p. 317, und
b. in einem Falle aus Süderdithmarschen,
S. H. Anz. pro 1851 p. 212,

der Großmutter jenes Recht zuerkannt.

Was nun das Gebiet des Land- und Marschrechts insbesondere betrifft, so scheint die Frage, ob der Großvater, resp. die Großmutter, zur Fortsetzung der Communion mit den Enkeln berechtigt sei, so wenig bei den Untergerichten, als in den höheren Instanzen, zur Entscheidung gekommen zu sein, so, daß man sich für die Beantwortung derselben nicht auf Präjudicate, sondern nur auf die Extrajudicial-Praxis wird berufen können.

Nach dieser Praxis wird aber nicht bloß der Großvater, sondern ebensowohl auch die Großmutter *), für befugt angesehen,

---

die bereits bestehende fortgesetzte Gütergemeinschaft zu continuiren befugt ist. — Die streitige Frage gewinnt also erst dann eine practische Bedeutung, wenn der von den Großeltern abstammende parens vor dem Großvater mit Tode abgegangen ist, und die von ihm hinterlassenen Kinder, nach erfolgtem Ableben des Großvaters, nun diesen direct beerben.

*) Die Unterscheidung zwischen den beiden Großeltern in der angegebenen Beziehung, welche darauf basirt, daß man bloß dem Großvater das Recht einräumt, als natürlicher Vormund für die unmündigen Enkel zu fungiren, ist von geringer practischer Bedeutung. Denn diese Befugniß, mag man sie nun dem Großvater allein, oder auch mit Falck
S. H. Privatr. Bd. V. p. 73.
ebenfalls der Großmutter, zugestehen, kömmt doch nur selten zur Ausübung, da, so lange von den Eltern der Enkel jemand am Leben ist, sie von diesem in natürlicher Vormundschaft vertreten werden, und, wenn beide Eltern mit Tode abgegangen sind, in den meisten Fällen nach Maaßgabe des § 8 der Vormünderordnung vom 18. August 1743 und

mit den unmündigen Enkeln, auch wenn diese aus eigenem Rechte die Großmutter, resp. den Großvater beerben, in ungetheilten Gütern sitzen zu bleiben, insoweit nicht etwa ihr noch lebender parens, als natürlicher Vormund, resp. cum cur. et assistente oder die ihnen obrigkeitlich bestallten Vormünder, auf Theilung dringen, oder aber die Gefahr der Verschleuderung des gemeinsamen Gutes vorliegt. Man könnte hiergegen geltend machen, daß, da nach land- und marschrechtlichen Grundsatze das den unmündigen Kindern, von väterlichen, oder mütterlichen Verwandten angestorbene Vermögen für sie besonders zu verwalten ist, der Antheil der unmündigen Enkel an dem großväterlichen, oder großmütterlichen Nachlasse, behufs solcher besonderen Verwaltung für sie, stets ausgeschieden werden müsse, und würde allerdings, wenn angenommen wird, daß die Erbschaft durch die Delation sofort erworben werde, das von den Enkeln aus dem Nachlasse ihres Großvaters, oder ihrer Großmutter, Ererbte, mithin auch schon als in das Vermögen derselben übergegangen, zu betrachten sei, consequenter Weise zugegeben werden müssen, daß in einem derartigen Falle Grund zur officiellen Theilung vorliege.

In der Praxis wird hierauf jedoch keine Rücksicht genommen, es vielmehr im ganzen Gebiete des Land- und Marschrechts in der angegebenen Weise verhalten; und wenn es auch früher mal vorgekommen ist, daß, nachdem unmündige Enkel aus eigenem Rechte ihren Großvater beerbt haben, eine Theilung seines Nachlasses ex officio vorgenommen wurde, so ist dieser Fall doch ohne Consequenz geblieben.

---

des § 9 der gemeinschaftlichen Verordnung für die verwaiseten Kinder von der Obrigkeit Vormünder bestellt werden.

Wenn Forchhammer, wie angeführt, das Recht der Großmutter, mit den Enkeln in ungetheilten Gütern sitzen zu bleiben, auf den Fall beschränkt, daß sie mit dem zuletzt verstorbenen Ehegatten noch in Communion lebte, so kann, wenn diese aufgehoben, selbstverständlich von einer Fortsetzung derselben nicht mehr die Rede sein; warum aber die Großmutter, wenn sie mit dem zuerst verstorbenen Ehegatten in Communion lebte, zur Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht schon berechtigt sein soll, ist nicht ersichtlich.

Dem Vorbemerkten nach werden, in Bezug auf das Gebiet des Land- und Marschrechts, unter fortgesetzter Gütergemeinschaft, im weiteren Sinne herkömmlich auch die Fälle mit zu befassen sein, sowohl wenn der Großvater, als auch, wenn die Großmutter, mit den Enkeln, seien diese mündig oder unmündig, in ungetheilten Gütern sitzen bleibt.

§ 22.

Vom rechtlichen Fundamente dieses Güterverhältnisses und dem Wesen desselben.

Die fortgesetzte Gütergemeinschaft beruht, ihrem Rechtsgrunde nach, auf Gewohnheit; denn wenn auch die Vormünder-Ordnung vom 13. September 1743 im § 1, und die gemeinschaftliche im § 2 die Bestimmung enthalten, daß es dem überlebenden Ehegatten gestattet sei, mit seinen unmündigen Kindern in ungetheilten Gütern sitzen zu bleiben, so liegt darin doch, was das Gebiet des Land- und Marschrechts betrifft, eigentlich nur eine Sanctionirung jenes Güterverhältnisses, da dieses, wie sich aus der Abhandlung No. 3 in

Falcks Sammlung Bd. IV. p. 14,

ergiebt, schon vor Erlassung der Vormünderordnung gewohnheitsrechtlich dort bestand. Von einer solchen gesetzlichen Sanctionirung kann aber nur bezüglich der fortgesetzten Gütergemeinschaft im engeren Sinne die Rede sein, da die allegirte Verordnung eben nur dieses Verhältniß vor Augen hat, auch ihrem Zwecke nach, nicht alle unter die Gütergemeinschaft im weiteren Sinne zu subsumirenden Fälle berücksichtigen konnte.

Ihrem Wesen nach ist die communio prorogata gleich dem ehelichen Güterverhältniß, eine Gemeinschaft nach ideellen Theilen, und zwar indem Gewinn und Verlust die Theilnehmer gleichmäßig treffen, eine wahre Gemeinschaft auf Gedeih und Erwerb, die, was die fortgesetzte Gütergemeinschaft im engeren Sinne anbelangt, durch den einseitigen Willensact des conjux superstes herbeigeführt wird, bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft im weiteren Sinne aber zu ihrer Entstehung auch der stillschweigenden oder ausdrücklichen Zustimmung der mündigen, beziehungsweise der Vertreter

der unmündigen Erben des verstorbenen Ehegatten bedarf, und die in ersterem Falle, mit Ausnahme der Fälle der Wiederverheirathung und etwaniger Verschleuderung des gemeinsamen Gutes, nur auf einseitiges Verlangen des überlebenden Ehegatten, im letzteren Falle aber auch auf Verlangen der Erben des verstorbenen Ehegatten, und zwar jederzeit und ganz beliebig wieder aufgehoben werden kann.

Aus dem Bemerkten ergiebt sich auch, daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft im Gebiete des Land- und Marschrechts nicht als ein Societäts-Verhältniß betrachtet werden kann. Eine solche Auffassung, die freilich der Verfasser der Abhandlung über Land- und Marschrecht in

Falcks Sammlung Bd. IV. p. 421,

für zuläßig hält, stellt sich, in Bezug auf die durch einseitigen Willensact des überlebenden Ehegatten entstehende communio prorogata im engeren Sinne, ohne Weiteres als unzutreffend dar. Allein ebensowenig läßt sich die fortgesetzte Gütergemeinschaft im weiteren Sinne, auf den Begriff einer Societät zurückführen, denn wenn sie auch mit der Societät das gemein hat, daß sie, wie diese, auf stillschweigender oder ausdrücklicher Zustimmung der beiderseitigen Theilnehmer beruht, so ist sie doch in mancher sonstigen Hinsicht von der Societät so wesentlich verschieden, daß jene Auffassung auch hier nicht zu rechtfertigen ist.

Um nur Einiges anzuführen, müßten z. B., wenn man die fortgesetzte Gütergemeinschaft als eine universelle Societät ansehen wollte, nicht bloß die durch die Thätigkeit der Theilnehmer, sondern auch alle und jede sonstige Erwerbungen derselben, namentlich auch Schenkungen, Erbschaften und Legate, gemeinschaftlich werden,

cf. Holzschuher Theorie und Casuistik
Bd. III. p. 844,

während doch im Gebiete des Land- und Marschrechts die den Kindern des verstorbenen Ehegatten während der fortgesetzten Communion angefallenen Erbschaften und sonstigen Erwerbungen, nicht in dieselbe fließen. Wollte man aber die communio prorogata als eine particulaire Societät auffassen, so würden die Erwerbungen auf beiden Seiten nicht in die Communion fallen,

cf. Holzschuher l. c. p. 843,

während doch nach den land- und marschrechtlichen Grundsätzen über die fortgesetzte Gütergemeinschaft der überlebende Ehegatte die ihm zufallenden Erbschaften nebst den sonstigen Erwerbungen, in die Communion einzubringen hat.

Eine fernere Abweichung besteht darin, daß die Societät durch den Tod auch nur eines von mehreren Genossen, beendigt wird,

cf. Mühlenbruch, Lehrb. des Pand. Rechts § 421,

wohingegen der Tod eines der Kinder, mit denen der überlebende Ehegatte die Communion fortsetzt, die Aufhebung derselben nicht bewirkt; und weise ich endlich noch darauf hin, daß während das Verlangen der Auflösung der Societät von Seiten eines Theilnehmers nicht mit den speciellen Bestimmungen des Contracts in Widerspruch stehen, der Rücktritt auch kein unzeitiger sein darf, derartige Beschränkungen hinsichtlich der Aufhebung der Communion für den überlebenden Ehegatten resp. die mündigen Kinder ꝛc. überall nicht bestehen.

§ 23.

Von dem Umfange der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

Dem Begriffe der communio prorogata, als einer Fortsetzung des ehelichen Güterverhältnisses, dürfte die Annahme entsprechen, daß, gleichwie in der Ehe Alles, was einer der Gatten, mit der Befugniß zur freien Disposition darüber, erwirbt, in die gemeinschaftliche Gütermasse fällt, so auch Alles, was während der fortgesetzten Gütergemeinschaft von den Theilnehmern an derselben erworben wird, der Regel nach in die Communion eingebracht werden müsse *).

---

*) Dieser Ansicht ist auch der Verfasser der Abhandlung Nr. XXXIX. in Falcks Sammlung, Bd. III p. 494, dagegen werden die Gerichte, welche in der in Falcks Sammlung Bd. IV. p. 14 erwähnten Streitsache zwischen dem Eingesessenen Johann Mohr in Süderau, und den Vormündern seines unmündigen Sohnes geurtheilt haben, sich zu der entgegengesetzten Ansicht bekannt haben, indem sie dem Kläger J. Mohr, welcher sich zur Begründung seiner Behauptung, daß ihm nicht nur die Zinsen von dem seinem Sohne erblich zugefallenen Capitale gebührten,

Nach Land- und Marschrecht findet jedoch eine solche Gleichmäßigkeit nicht Statt. Außer den Revenüen und dem Zuwachs des gemeinschaftlichen Vermögens, fließt zwar alles dasjenige in die fortgesetzte Communion, was während derselben der überlebende Ehegatte, sei es durch eigene Thätigkeit, oder aber durch Schenkung oder Erbschaft, uneingeschränkt erwirbt; wie aber dasjenige, welches die Kinder resp. Enkel, außer dem von dem verstorbenen Ehegatten vererbten, der Gemeinschaft angehörenden Vermögen, besitzen, von der Communion ausgeschlossen bleibt, eben so fallen auch nicht in diese alle späteren Erwerbungen derselben, sie mögen bestehen, worin sie wollen, noch auch die daraus fließenden Revenüen; es wäre denn, daß das bei Schenkungen der Donator, oder bei Erbschaften der Testator, ein anderes ausdrücklich bestimmt hätte.

Diese exceptionelle *) Stellung der Kinder im Gebiete des

---

sondern daß letzteres auch mit zur Communion zu ziehen, auf die Natur der zwischen ihm und seinem Sohne fortdauernden allgemeinen Gütergemeinschaft berief, während die beklagtischen Vormünder excipirten, daß die in den Marschen, zwischen dem überlebenden Ehegatten und dessen Kindern fortgesetzte Gütergemeinschaft nur die schon in der Ehe gemeinschaftlich gewesenen Güter befasse, gleichförmig den Beweis auferlegten, daß es in den Marschen gebräuchlich sei, das, was die Kinder von den Großeltern erbten, mit zur Communion zu ziehen. — Hiermit steht es indessen nicht in Uebereinstimmung, wenn das Oberamtsgericht in seinem Erkenntnisse vom 29. Juni 1741, unter Bestätigung der erwähnten Beweisauflage der früheren Instanzen, es zum Beweise der B e k l a g t e n verstellte, daß es in der Marsch nicht Gewohnheit sei, daß dem Vater der Nießbrauch an den bonis adventitiis der Kinder zustehe, mit andern Worten: daß ihm die Revenüen aus dem ererbten Vermögen der Kinder gebührten. Diese Entscheidung bietet daher keinen sicheren Anhaltspunkt für die Ermittelung der damaligen Rechtsansicht.

*) Daß sie wirklich eine Ausnahms-Stellung ist, läßt sich, meines Erachtens nicht bestreiten, und ebensowenig verkennen, daß in dem im Texte angegebenen Verhältniß, eine gewisse Rechtsungleichheit liegt; nicht so sehr deshalb, weil das von den Kindern beim Eintritt der Communion schon besessene Vermögen ihr Sondergut bleibt, als vielmehr deshalb, weil die späteren Erwerbungen der Kinder nicht in die Gemeinschaft

Land- und Marschrechts, soweit sie ihre Befreiung von der Einbringung des durch Erbschaft erworbenen Vermögens in die Communion betrifft, ist nicht, wie der Verfasser der in

Falcks Sammlung Bd. III. p. 492 u. sqq.

abgedruckten Abhandlung aus den Schlesw.-Holst. Anzeigen von

---

fließen, während doch die Acquisitionen des überlebenden Ehegatten von diesem in die Communion einzubringen sind. Freilich meint Gerber

Deutsches Privatrecht p. 590, Not. 3,

unter Berufung auf Walter

System des deutschen Privatrechts § 235, 7,

daß sich diese Ungleichheit innerlich vollkommen rechtfertigen lasse, indem die Kinder in dem neuen Güterverhältniß lediglich als Repräsentanten des verstorbenen Ehegatten eine Rolle spielten. Walter bemerkt jedoch l. c., daß es rationell nicht zu rechtfertigen sei, wenn man den späteren Erwerb des überlebenden Ehegatten zur Communion rechnen, den der Kinder aber davon ausschließen wolle. Mir scheint auch, daß gesagt werden muß: grade weil die Kinder in dem neuen Güterverhältnisse den verstorbenen Ehegatten repräsentiren, und insofern also nur die Stellung einnehmen zur Communion, welche der verstorbene Ehegatte, wenn er noch lebte, eingenommen haben würde, sind sie, consequenter Weise, verpflichtet, jedenfalls diejenigen Erbschaften einzubringen, welche den von ihnen repräsentirten Ehegatten, wenn er noch am Leben gewesen wäre, zugefallen sein würden und demnach in die Communion geflossen wären, während es im Uebrigen als ein Postulat der Rechtsgleichheit erscheint, daß die sonstigen Erwerbungen, wenn der überlebende Ehegatte sie in die Communion einzubringen schuldig, auch von Seiten der Kinder eingebracht werden, oder aber, wenn letzteres nicht geschieht, dann auch die Erwerbungen des überlebenden Ehegatten, und zwar einschließlich der ihm zufallenden Erbschaften, sein Sondergut verbleiben.

Daß das letztere Princip im Herzogthum Schleswig Anwendung findet, wird nach dem von Esmarch in seinem

Handbuch des Schleswigschen Erbrechts

p. 481, 502 und 508, Not. 8

Bemerkten, angenommen werden müssen; im Herzogthum Holstein wird dagegen der entgegengesetzte Grundsatz befolgt, und zwar beruht dies, was das Gebiet des lübschen Rechts betrifft, bekanntlich auf der Bestimmung des Art. 16, Thl. II. Tit. 2, in den übrigen Districten, wo eheliche Gütergemeinschaft stattfindet, aber auf einer constanten, meines Wissens bisher nicht angefochtenen Praxis.

1778 meint, erst durch die Bestimmungen der §§ 2 und 5 der Vormünder-Verordn. vom 13. Septbr. 1743 herbeigeführt worden, vielmehr galt schon vor Erlassung dieses Gesetzes, wie sich aus

Falcks Sammlung Bd. IV. p. 14

ergiebt, im Gebiete des Land- und Marschrechts der auf Gewohnheit basirende Grundsatz, daß die den Kindern während der fortgesetzten Gütergemeinschaft anfallenden Erbschaften nicht mit zur Communion zu ziehen seien. Die § 2 und 5 des allegirten Gesetzes enthalten also für jenes Rechtsgebiet kein neues Recht, sondern nur eine Sanctionirung des daselbst bestehenden Gewohnheitsrechts.

Als ein solches gesetzlich bestätigtes Gewohnheitsrecht ist ferner auch der Grundsatz anzusehen, daß die Revenüen aus dem von den Kindern während der fortgesetzten Gütergemeinschaft ererbten Vermögen und dem sonstigen Sondergut derselben, nicht in die Communion fließen.

cf. das Publicandum vom 30. Juli 1778.
Chron. Samml. d. V.-O. p. 42.

Dahingegen ist der Grundsatz, daß auch die sonstigen Erwerbungen der Kinder, soweit sie nicht aus dem gemeinschaftlichen Gute herrühren, sammt den daraus fließenden Einkünften, ihr Sondergut verbleiben, gleich dem, daß Alles, was der überlebende Ehegatte ererbt und auf andere Weise erwirbt, in die Communion fällt, ein lediglich auf Herkommen beruhender, der übrigens bisher im ganzen Gebiete des Land- und Marschrechts die unbestrittenste Anwendung in der Praxis gefunden hat.

vergl. auch § 35 unten.

§ 24.

Die rechtliche Stellung der Theilnehmer an der Communion zu dieser und zu einander, so wie die sich hieraus ergebenden Consequenzen.

I. Die Stellung des überlebenden Ehegatten betreffend.

Die Stellung:

a. des Ehemannes, wenn dieser, als der Längstlebende der beiden Ehegatten, mit unmündigen Kindern die Com-

munion fortsetzt, bleibt im Wesentlichen dieselbe, als während des Bestehens der Ehe. Nach- wie vorher repräsentirt er die Gütermasse sowohl activ, als passiv, und übt namentlich auch ein gleiches Dispositionsrecht aus, als bei Lebzeiten der Frau, ohne zur Errichtung eines Inventars verpflichtet zu sein.

Es kommen also da, wo das Land- und Marschrecht gilt, die §§ 2 und 5 der gemeinschaftlichen Vormünder-Verordnung vom 28. September 1767, wie dies auch von dem Holst. Obergericht in einem speciellen Falle,

cf. S. H. Anzeigen pro 1846, p. 237,

ausgesprochen worden ist, im Allgemeinen nicht zur Anwendung, und bildet nur das Patrimonialgut Horst *) in dieser Hinsicht eine Ausnahme, indem daselbst von dem die Gütergemeinschaft fortsetzenden Ehegatten ein Inventar errichtet zu werden pflegt.

Sind dagegen die Kinder, mit denen der überlebende Ehemann die Communion fortsetzt, alle oder zum Theil mündig, oder sind etwa durch ihren parens oder gerichtlich bestellte Vormünder vertretene Enkel vorhanden, so ist wenigstens die Dispositionsbefugniß desselben in Betreff der zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörenden Grundstücke, herkömmlich insofern eine weniger freie, als regelmäßig zu derartigen Veräußerungen der Consens der mündigen Kinder, resp. der Vertreter der unmündigen Kindeskinder eingeholt und der desfällige Kaufcontract, zum Beweise ihrer Zustimmung, von ihnen mit unterschrieben wird.

cf. S. H. Anz. pro 1844, p. 253.

Indessen kann dieses Verfahren nicht als Folge einer rechtlichen Nothwendigkeit betrachtet werden, vielmehr wird dasselbe in Utilitäts-Rücksichten seinen Grund haben, und bei dessen Entstehung namentlich die Erwägung bestimmend gewesen sein, daß durch die Consentirung der mündigen Kinder ꝛc. zur Veräußerung von Massegrundstücken allen

---

*) S. H. Anz. pro 1846, p. 248.

Differenzen vorgebeugt wird, die den überlebenden Ehegatten möglicher Weise in die Nothwendigkeit versetzen könnten, eine Abtheilung vorzunehmen.

Was

b. die Ehefrau betrifft, sofern selbige nach dem Tode des Mannes die Communion mit den beiderseitigen Kindern fortsetzt, so tritt sie offensichtlich in ein ganz anderes rechtliches Verhältniß zu dem gemeinschaftlichen Gute, als worin sie während der Ehe zu demselben stand, indem nunmehr auf sie die Rechte des Mannes übergehen, nur, daß ihre Verwaltung, nach Vorschrift der Vormünder-Verordnungen, einer gewissen Aufsicht des ihr beigeordneten Assistenten in der Vormundschaft für ihre unmündigen Kinder, unterstellt, und sie bei der Veräußerung von Grundstücken an den Consens eben dieses Assistenten gebunden ist.

Als eine locale Ausnahme ist hier anzuführen, daß in den Gütern Groß- und Klein-Collmar, Sestermühe und Neuendorf, die mit ihren Kindern die Communion fortsetzende Wittwe, wenn sie ein zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörendes Grundstück veräußern will, herkömmlichermaaßen entweder dasselbe zum öffentlichen Aufgebot stellen, oder aber vorher Abtheilung halten und sich das Grundstück durch Vogt und Holsten zusetzen lassen muß.

Im Uebrigen gilt in Betreff ihrer ebenfalls, mit alleiniger Ausschließung des Patrimonialguts Horst, der Grundsatz, daß sie zur Errichtung eines Inventars nicht verpflichtet ist, und kommt nicht minder dasjenige zur Anwendung, was in Ansehung des Ehemannes hinsichtlich der Zuziehung der mündigen Kinder, und der Vertreter etwaniger unmündiger Enkel zum Verkaufe von Massegrundstücken und deren Consentirung dazu, oben angeführt worden ist.

II. Die Stellung der Repräsentanten des verstorbenen Ehegatten betreffend.

Nehmen die Kinder, mit denen der überlebende Ehegatte die Gütergemeinschaft fortsetzt, als Erben, oder als Societätsgenossen

an dieser Communion Theil? das ist die Frage, welche hier zu beantworten ist.

Es ist unverkennbar von großer practischer Bedeutung, in welcher Weise man die Stellung der Repräsentanten des verstorbenen Ehegatten in rechtlicher Beziehung auffaßt, wie sich dies aus der Beurtheilung der nachstehenden von dem Verfasser der Abhandlung über das Land- und Marschrecht,

Falcks Sammlung Bd. IV. p. 419 2c.

angeführten beiden Fälle auf das Deutlichste ergiebt.

Zwei Eheleute, bemerkt derselbe, haben mehrere Kinder. Unter diesen wird eine Tochter verheirathet. Jetzt stirbt der Vater. Die Mutter bleibt in ungetheilten Gütern sitzen. Nun stirbt auch die verheirathete Tochter, ohne Kinder zu hinterlassen. — Es fragt sich: behält der Schwiegersohn noch Theil an der von der Schwiegermutter mit ihren Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft? — Die Frage könne äußerst wichtig sein; denn der Schwiegersohn lebte mit seiner Frau gleichfalls in der Gütergemeinschaft. Gehörte das väterliche Erbtheil, ungeachtet der bestehenden Gütergemeinschaft, schon zum Vermögen seiner Frau, so gebühre ihm davon auch die Hälfte.

Man könne aber auch den Fall annehmen, daß die Tochter bei ihrem Tode ein Kind hinterließ, und daß dieses Kind nachher ebenfalls verstarb, wodurch also der Schwiegersohn, da er, als Vater, sein Kind beerbte, zugleich Eigenthümer des ganzen Nachlasses seiner Frau geworden. Betrachte man, heißt es weiter, diesen Fall nach den Grundsätzen der Erbfolge, so werde dem Schwiegersohne das Erbrecht wohl kaum zu bestreiten sein. Man denke sich den Fall, daß einer Frau bei ihren Lebzeiten eine sonstige Erbschaft ansterbe, daß, ehe die Erbschaft regulirt worden, sie versterbe, wer wolle daran zweifeln, daß nicht ihr Erbtheil auch nach ihrem Tode in die Communion mit ihrem Manne fließe? — In dem erwähnten Falle sei der Vater vor der Tochter gestorben. Hätte keine Gütergemeinschaft Statt gefunden, so würde die Tochter längst den väterlichen Erbtheil erhalten und ihrem Manne gleichfalls mit ihrem sonstigen Vermögen zugebracht haben, ja sie sei auch bei der bestehenden Communion befugt gewesen, als mündig,

auf Abtheilung zu bringen, und den Fall existent zu machen, daß sie in den Besitz des väterlichen Erbtheils gelange. Indem sie starb, habe sie ihre Rechte als haeres sua auch ohne Erbschaftsantretung auf ihre Erben transferirt, und von einer haereditate jacente, die nach l. 34 de acquir. rer dominio, personam defuncti sustinet, könne nicht die Rede sein. Es scheine daher angenommen werden zu müssen, daß auch hier die Ansprüche des Schwiegersohnes und seine Befugniß, Theil an der Communion zu nehmen, und dadurch das zu erhalten, was seiner verstorbenen Frau zugeflossen sein würde, den Rechten gemäß seien.

Indessen, meint der Verfasser, möchten nach den Grundsätzen der Gütergemeinschaft bedeutende Zweifel dagegen erregt werden können; denn

1) so lange die Gütergemeinschaft bestehe, könne von einem Erbrechte unter den Genossen derselben, nicht die Rede sein. Das in Gemeinschaft befindliche Vermögen bilde ein Ganzes; Alles, was zu diesem gemeinsamen Gute gehöre, bleibe denen, die an dieser Gemeinschaft participirten, und sterbe ein Genosse, so falle sein Theil der Gemeinschaft anheim. Nur also diejenigen, die zu der Zeit, wenn die Gemeinschaft getrennt werde, wirklich vorhanden seien, könnten alsdann dieses Gesammtgut theilen. Dahin könne aber der Schwiegersohn nicht gehören, der, da die communio honorum prorogata nur unter Eltern und Kindern Statt finde, gesetzlich nicht Mitglied dieser Gemeinschaft geworden sei;

2) das Recht, eine Erbschaft auf seine Erben zu devolviren, setze den Fall voraus, daß von einer angefallenen Erbschaft schon die Rede sei. Ein solcher Fall sei aber bei dieser communio bonorum erst dann vorhanden, wenn die Communion getrennt werde. Durch den Tod des einen Ehegatten bleibe die Gütergemeinschaft unverändert. Nicht als Erben, sondern als Societätsgenossen, träten die Kinder an die Stelle des Verstorbenen, und setzten die Gemeinschaft fort. Die mündige Tochter habe das Recht gehabt, auf Abtheilung zu bringen, und sich dadurch Erbrechte zu verschaffen. Habe

sie dies nicht gethan, so sei der Zustand der Gütergemeinschaft unverändert geblieben, sie habe keine Erbrechte gehabt und keine solche auf ihre Erben devolviren können, vielmehr verbleibe der Antheil, den sie an der Gütergemeinschaft gehabt, nach den sonstigen Regeln auch bloß dieser Gütergemeinschaft und denen, die dazu gehörten;

3) es sei auch, eben aus diesen Principien, ein bekannter Grundsatz des Land- und Marschrechts, daß nicht der status bonorum, wie er zur Zeit des Ablebens des einen Ehegatten gewesen, sondern derjenige, der zur Zeit der Aufhebung der Gütergemeinschaft und der Theilung vorhanden, bei der Auseinandersetzung zum Grunde gelegt werden müsse. — Sei dies auf der einen Seite der Fall, so folge daraus, daß auch nur diejenigen Antheil an dieser aufgehobenen Gütergemeinschaft haben könnten, die wirklich zur Zeit der Aufhebung und Trennung der Societät, Societätsgenossen waren;

4) indem die mündige Tochter heirathe, bringe sie ihrem Manne nur ihr wirkliches Vermögen zu, was entweder in der Aussteuer bestehe, oder, was sie noch sonst, außer der Communion, eigenthümlich besitze. Mit diesem ihrem Vermögen trete sie in Gütergemeinschaft mit ihrem Manne. Außer diesem behalte eine verheirathete Tochter nur das Recht, auf Abtheilung zu dringen, und einen Erbschaftsfall nach dem elterlichen Vermögen existent zu machen, so daß, wenn sie von diesem Rechte keinen Gebrauch mache, sie bis zur erfolgten Theilung der Gemeinschaft, überhaupt nicht einmal verlangen könne, irgend eine Unterstützung aus dem Gesammtgute zu erhalten und an den Früchten der Gemeinschaft Theil zu nehmen. Da hier also die väterliche Erbschaft erst wirklich durch ein factum, die Abtheilung nämlich, erworben werden müsse, so habe sie auch weder die väterliche Erbschaft, noch das Erbrecht auf selbige, auf einen Fremden, der nicht mit in der Communion sei, transferiren können; wie es denn auch

5) Gewohnheit zu sein scheine, daß in den Districten des

Land- und Marschrechts dem Schwiegersohne keine solche Theilnahme am Gesammtgute verstattet werde.

Der Verfasser der gedachten Abhandlung entscheidet sich übrigens weder für die eine, noch für die andre der von ihm vorgetragenen und motivirten Ansichten, betrachtet die aufgeworfene Frage vielmehr als eine offene, indem er bemerkt, daß ihm kein Fall bekannt sei, in welchem dieselbe in contradictorio entschieden worden wäre.

Seit dem Jahre 1809, aus dem die Abhandlung, woraus das vorstehend Referirte entlehnt ist, datirt, ist nun zwar eine solche Entscheidung, jedoch, soweit ich zu ermitteln vermocht habe, nur ein einziges Mal, und auch nur in dem Audienzverfahren bei dem Steinburger Amthause erfolgt. Erkenntnisse der höheren Gerichte, durch die jene Frage in Bezug auf das Gebiet des Land- und Marschrechts entschieden worden wäre, giebt es, meines Wissens, überall nicht; namentlich kann in der in den

S. H. Anzeigen pro 1838, p. 276,

enthaltenen Bemerkung: „daher die Kinder vor geschehener Abtheilung auch nicht als Erben im römischrechtlichen Sinne betrachtet werden können," eine solche Entscheidung nicht gefunden, und eben so wenig kann das in

Falcks Sammlung Bd. V. p. 27 ꝛc.

mitgetheilte Erkenntniß des Holsteinischen Obergerichts aus dem Jahre 1812, als ein hier in Betracht kommendes Präjudicat betrachtet werden. Zwar ist der Rechtsfall, welcher durch das letztere Erkenntniß entschieden wurde, demjenigen, welcher angeführtermaaßen von dem Verfasser der Abhandlung über Land- und Marschrecht in erster Linie aufgestellt wird, im Wesentlichen gleich *). Da es

---

*) Derselbe wird folgendermaaßen referirt: „Der Bürger Tietje Maaß in Wilster zeugte in seiner Ehe mit Lena Maaß zwei Söhne, Johann und Heinrich Maaß. Ersterer, Johann Maaß, verheirathete sich mit Rebecka, in welcher Ehe gleichfalls Kinder erzeugt wurden. Am 8. Novbr. 1806 verstarb hierauf Tietje Maaß, und seine Ehefrau Lena blieb im Gesammtgute sitzen, ohne mit ihren beiden Söhnen, Johann und Heinrich Maaß, in Hinsicht des Väterlichen Abtheilung zu halten. Im Jahre 1808 starb auch der eine Sohn Johann Maaß und seine Wittwe Rebecka

sich jedoch in jenem Falle darum handelte, wie die streitige Frage nach lübschen Rechte zu beantworten sei, für die Beantwortung derselben aber, wie sich dies aus dem

im V. Bande der citirten Sammlung p. 491 ꝛc.

mitgetheilten Urtheil der Kieler Juristen=Facultät ergiebt, besondere Bestimmungen jenes Rechtes in Betracht kommen, und daher anzunehmen ist, daß darauf das obergerichtliche Erkenntniß, obwohl die Entscheidungsgründe nicht angeführt sind, gebaut sein werde, so scheint es mir nicht zuläßig zu sein, jenes Präjudicat auf dem Gebiete eines anderen Rechtes, welches, wie das Land= und Marschrecht, keine ähnlichen speciellen Bestimmungen enthält, und dessen eheliches Gütersystem mit seinen Consequenzen sich von dem des lübschen Rechtes wesentlich unterscheidet, ohne Weiteres zur Folge zu ziehen.

---

hielt mit ihren aus dieser Ehe erzeugten Kindern am 10. Februar 1809 hinsichtlich des Väterlichen Abtheilung, worauf sie zur zweiten Ehe mit Johann Möller schritt. Am 8. Juni 1809 starb nun ebenfalls des Tietje Maaß Wittwe, Lena Maaß, und es entstand jetzt die Frage, wie das von derselben nach dem Tode ihres Mannes im Besitz behaltene Gesammtgut vererbfällt werde? — Bei dem Tode dieser Wittwe waren ihr Sohn Heinrich Maaß und zwei Enkel, die Kinder des verstorbenen Johann Maaß, am Leben. Daß also die vorhandene Erbmasse in zwei gleiche Theile zu theilen, konnte keinem Zweifel unterworfen sein. Allein es trat in Hinsicht der einen Hälfte dieser Verlassenschaft ein von der Rebecka, verwittweten Maaß, jetzt verheiratheten Möller, per curatorem maritum Johann Möller, in Anrege gebrachter Zweifel ein, indem diese, welche zur Zeit des Anfalls der Erbschaft des Tietje Maaß, mit dessen Sohn in beerbter Ehe, und in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt hatte, jetzt die Hälfte der auf sie mit vererbfällten Güter verlangte. — Diese Theilnahme an der Erbschaft wollten ihr die Vormünder ihrer Kinder aus der Ehe mit Johann Maaß, nicht zugestehen, worauf die Sache bei dem Wilsterschen Magistrat anhängig gemacht wurde. Wie sich aus den weiteren Mittheilungen l. c. ergiebt, entschied der Wilstersche Magistrat gegen die Ehefrau Möller, verwittwet gewesene Maaß, welche Urtel jedoch vom Holst. Obergerichte in appellatorio dahin reformirt wurde, daß dieselbe auf die Hälfte zu den, dem Stamm des Johann Maaß von Vater wegen abzutheilenden Gütern zuzulassen sei.

Da nun auch durch die erwähnte Entscheidung des Steinburger Amthauses, zumal da dieselbe nicht einmal von beiden Partheien anerkannt worden ist*), selbst wenn man sie anders, als ein bloßes laudum betrachten und behandeln wollte, ein Präjudiz für alle ähnlichen Fälle nicht hat geschaffen werden können, so wird jene Frage, insofern durch gerichtliche Praxis eine Norm für deren Beantwortung bisher nicht festgestellt worden ist, auch noch jetzt als eine offene bezeichnet werden müssen.

Aber grade der Umstand, daß eine Frage von der Bedeutsamkeit, als die vorliegende, und die auch in der außergerichtlichen Praxis so häufig vorgekommen ist, und noch vorkommt, fast gar nicht zum Gegenstand gerichtlicher Erörterung und Entscheidung gemacht worden ist, dürfte den deutlichsten Fingerzeig enthalten, daß sich in dieser Beziehung eine bestimmte Rechtsanschauung im Volke gebildet haben müsse; denn, wenn auch zugegeben werden muß, daß in denjenigen Verhältnissen, in welchen das Land- und Marschrecht zur Anwendung kommt, Auseinandersetzungen und Vereinbarungen der Betheiligten, die nicht so sehr durch das rechtliche Bewußtsein einer bindenden Norm, als vielmehr durch Utilitäts-Rücksichten und verwandschaftliche Beziehungen, herbeigeführt werden, vielfach zu entscheiden pflegen, so wird man doch, so großes Gewicht auf Rücksichten und Beziehungen der angegebenen Art auch gelegt werden mag, denselben nimmermehr einen solchen Einfluß beimessen können, daß durch sie allein von jeher und in allen Fällen die Entstehung von Differenzen über das hier fragliche Verhältniß verhindert, und die Schlichtung entstandener bewirkt worden wäre. Es muß daher auch nothwendiger Weise einen anderen und tieferen Grund haben, daß jene Frage in allen bisher vorgekommenen Fällen regelmäßig, ohne gerichtliches Verfahren, ihre Erledigung gefunden hat, und diesen Grund vermag ich eben nur in der im Volke herrschenden in dem Rechtsbewußtsein desselben gegründeten Auffassung des fraglichen Verhältnisses zu erblicken.

---

*) Die Prosequirung des ergriffenen Rechtsmittels unterblieb freilich, ob aber deshalb, weil die betreffende Parthei sich von der Richtigkeit des Ausspruchs des Amthauses überzeugt, constirt nicht.

Hat aber die im Volke herrschende Rechtsüberzeugung einen nicht zu bestreitenden Einfluß, namentlich auf die außergerichtliche Praxis, und findet sie daher in dieser ihren getreuen Ausdruck, so wird man, bei der stattfindenden Wechselbeziehung, zur Constatirung der ersteren, sich mit Grund auf die letztere berufen dürfen, und dies um so mehr, wenn die mit der Ausübung der nicht contentiosen Gerichtsbarkeit betrauten Beamten sich bewußt waren, daß das von ihnen beobachtete Verfahren mit der Rechtsüberzeugung des Volkes in Einklang stehe.

Fragen wir nun, wie das hier in Betracht kommende Verhältniß bisher in praxi aufgefaßt worden ist, so muß behauptet werden, daß von der Mehrzahl der Behörden der zum Gebiete des Land- und Marschrechts gehörenden Districte seither übereinstimmend der Grundsatz befolgt worden ist, daß die den verstorbenen in der Communion mit dem überlebenden Ehegatten repräsentirenden Descendenten, als seine Erbsuccessoren zu betrachten seien, und demzufolge die Erbschaft nach ihrem verstorbenen parens als ihnen gleich mit dem Tode desselben angefallen, und damit, als erworben und in die Communion übergegangen, anzusehen sei, auch in Uebereinstimmung hiermit, dem Schwiegersohn resp. der Schwiegertochter, wenn deren verstorbener Gatte den Anfall der Erbschaft überlebt und zwischen ihm und dem conjux superstes eheliche Gütergemeinschaft, stattgefunden hat, auf die Hälfte des also erworbenen und in die Communion geflossenen Erbtheils, ein rechtlicher Anspruch zustehe. —

Wenn also der Verfasser der mehrerwähnten Abhandlung annimmt, daß der zweite der von ihm gegen einander gehaltenen beiden Grundsätze, wonach die den verstorbenen Ehegatten repräsentirenden Kinder, als Genossen einer Societät zu beurtheilen, in die Praxis Eingang gefunden habe, so muß dem auf das Entschiedenste widersprochen werden. Eine solche Auffassung würde auch nicht mit dem Wesen der communio prorogata im Gebiete des Land- und Marschrechts in Einklang stehen, da selbige nach den Ausführungen im § 22 ebensowenig, als die eheliche Gütergemeinschaft, von welcher sie nur eine Fortsetzung und, ihrem Charakter nach nicht verschieden ist, sich als eine Societät darstellt,

den Theilnehmern daran also auch nicht die Qualität von Societäts-genossen beigelegt werden kann. Und selbst wenn man der fortgesetzten Gütergemeinschaft den Begriff einer Societät unterlegen wollte, so würde es doch immer an einer genügenden Erklärung für viele derjenigen Erscheinungen, die mit der Gütergemeinschaft verknüpft sind, fehlen, während dieselben auf einfache Weise sich erklären lassen, wenn man die fortgesetzte Gütergemeinschaft, gleich der ehelichen, auf den Begriff einer Rechtsgemeinschaft nach ideellen Theilen, zurückführt.

Auf solchem Wege erhalten wir namentlich auch darüber Aufschluß, woher es rührt, daß die Communion durch den Tod eines der mit dem überlebenden Ehegatten daran Theil nehmenden Kindes nicht afficirt wird, indem, selbst bei der Unmündigkeit der Erben des verstorbenen Kindes, weder eine gerichtliche Einmischung stattfindet, noch auf sonstige Weise, eine Störung des Communions-Verhältnisses eintritt. Dies hat nämlich eben darin seinen Grund, daß der Antheil des Verstorbenen an der Gemeinschaft nur noch ein ideeller, also ein solcher war, der sich zwar in seiner Proportion zu dem Gesammtgute bestimmen, nicht aber seinem Gegenstande nach, weil nämlich nicht zu begrenzen, oder in bestimmten Zahlen auszudrücken, sich feststellen und äußerlich sich erkennen ließ, daher auch nicht den Gegenstand specieller Berechnung und Vertheilung bilden konnte. Dadurch wird aber dessen Uebertragbarkeit auf Erben oder Dritte, noch keineswegs ausgeschlossen, da er, als Werth-Object, der Realität angehört, und insofern auch einen Vermögenstheil ausmacht.

Wäre die Behauptung, daß von einem Erbrechte unter den Genossen der Communion überhaupt nicht die Rede sein könne, richtig, und fiele demnach der Antheil eines verstorbenen Genossen ohne Weiteres der Gemeinschaft anheim, ohne auf seine Erben überzugehen, so müßte, consequenter Weise, angenommen werden, daß auch die Kinder des während der Dauer der Communion verstorbenen Kindes durch den Tod desselben von der Gemeinschaft ausgeschlossen würden, so daß sie bei der später erfolgenden Auftheilung des Gesammtguts, an die Stelle des verstorbenen parens zu treten nicht berechtigt, weil dieser bei seinem Tode keine Erb-

rechte an seinem Antheile an der bestehenden Communion auf sie hatte übertragen können.

Geht aber in diesem Falle der ideelle Antheil des verstorbenen Genossen an der Communion auf dessen Erben über, so ist nicht einzusehen, weshalb dies nicht auch sonst sollte geschehen können, und zwar sowohl im Verhältniß des überlebenden parens und der Geschwister des verstorbenen Kindes zu diesem, als im Verhältniß der Kinder des zuerst verstorbenen Ehegatten zu letzterem selbst.

Dabei ist übrigens noch darauf aufmerksam zu machen, daß die Annahme des Nichtvererbens des Antheils des verstorbenen Communions-Genossen sich keineswegs als eine nothwendige Consequenz aus dem Wesen der Societät darstellt; denn wenn auch die Erben eines verstorbenen socius nicht an dessen Stelle in die Societät eintreten, so gehen doch die vermögensrechtlichen Ansprüche desselben unbestritten auf seine Erben über.

Wenn man sich also das fragliche Verhältniß so construirt, wie der Verfasser der Abhandlung über Land- und Marschrecht nach dem oben sub 1—3 Angeführten gethan hat, so muß man demselben nothwendig einen noch anderen Begriff, und zwar den, einer juristischen Person, unterlegen, so, daß man sich die fortgesetzte Gütergemeinschaft bald als Societät, und bald wieder als eine juristische Person vorzustellen hätte; welches Letztere eben so unzulässig erscheint, als das Erstere.

Wenn endlich der gedachte Verfasser, unter Hinweisung auf den land- und marschrechtlichen Grundsatz, daß bei der Auflösung der Communion, und der Auftheilung des gemeinschaftlichen Vermögens, der dann vorhandene status bonorum, und nicht derjenige, wie er zur Zeit des Ablebens des einen Ehegatten gewesen, zum Grunde zu legen sei, behauptet, daß daraus folge, daß auch nur diejenigen Antheil an dieser aufgehobenen Gütergemeinschaft haben könnten, die wirklich zur Zeit der Aufhebung der Societät Societätsgenossen waren, so ist diese Behauptung, wenn sie so verstanden wird, wie der Verfasser es offenbar will, nämlich, daß nur die von den ursprünglichen Genossen zur Zeit der Auflösung der Communion vorhandenen, daran Theil haben sollen, ebenfalls nichts als ein Ergebniß jener aus einem Amalgam von Societät

und moralischer Person construirten Theorie, und keineswegs als ein nothwendiges Resultat des erwähnten Grundsatzes zu betrachten.

Nach diesem Allen trage ich kein Bedenken, die Auffassung, wonach die den verstorbenen Ehegatten repräsentirenden Descendenten desselben, als dessen Erben — wenn auch nicht im römischrechtlichen Sinne *) — an der fortgesetzten Communion Theil nehmen, für die juristisch einzig richtige, und dem Wesen der fortgesetzten Gütergemeinschaft im Gebiete des Land- und Marschrechts allein entsprechende, zu erklären, die eben deshalb, und weil sie mit der im Volke herrschenden Rechtsanschauung und der Praxis übereinstimmt, unbedingt der Ansicht vorzuziehen ist, die in den gedachten Repräsentanten des verstorbenen Ehegatten theils Societätsgenossen, theils Glieder einer Corporation erblickt.

§ 25.

Die Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft betreffend.

Hinsichtlich der Auflösung dieses güterrechtlichen Verhältnisses enthält das Land- und Marschrecht im Allgemeinen keine von den sonst geltenden abweichende Bestimmungen, so, daß denn auch im Gebiete dieses Rechts, außer durch den Tod und die Wiederverheirathung des überlebenden Ehegatten, die fortgesetzte Communion auch dann aufhört, wenn der parens superstes oder die mündigen Kinder und Enkel resp. bei mißlicher Wirthschaft der Wittwe **) die dieser beigeordneten Assistenten in der Vormundschaft

---

*) Zwar haben sie die von dem verstorbenen parens, dessen Erben sie geworden, eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen, S. H. Anzeige pro 1844, 253, jedoch nur soweit die gemeinschaftl. Masse reicht und haften sie nicht mit ihrem Separatvermögen. S. H. Anz. pro 1838, 276.

**) Es versteht sich, — wenn auch dieser Fall in der Vormünder-Verordnung von 1743 nicht speciell vorgesehen ist, — von selbst, daß auch dann, wenn der überlebende Vater sich wegen Verschwendung, oder einem sonstigen Grunde, zur Fortführung der Vermögensverwaltung unfähig bezeigt, eine Aufhebung der Communion, sei es auf Antrag der nächsten Angehörigen der Kinder, oder in Folge obrigkeitlicher Anordnung, statthaben muß.

für ihre unmündigen Kinder auf Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens dringen.

Als ein aus der im Vorhergehenden dargelegten Auffassung des Wesens der communio prorogata und der rechtlichen Stellung der Theilnehmer zur gemeinschaftlichen Gütermasse sich ergebender, und insofern als land- und marschrechtlicher zu bezeichnender Grundsatz, dürfte daher nur etwa der hervorzuheben sein, daß nicht nur die gerichtlich bestellten Vormünder der unmündigen Enkel, auf die in dieser Beziehung das Recht des verstorbenen parens übergegangen ist, Namens und im Interesse ihrer Pupillen behufs Auskehrung ihres großväterlichen oder großmütterlichen Antheils, die Aufhebung der Communion zu verlangen berechtigt, sondern hierzu auch, sowohl der Schwiegersohn, als die Schwiegertochter, resp. in Repräsentation der zwischen ihnen und ihren Kindern bestehenden communio prorogata, und jener zugleich in natürlicher Vormundschaft für seine unmündigen Kinder, diese mit Zustimmung der Assistenten in der Vormundschaft, für befugt zu erachten ist.

Die bei Aufhebung der ehelichen resp. der fortgesetzten Gütergemeinschaft bei Lebzeiten des conjux superstes*) zur Anwendung kommenden Grundsätze.

I.

Von der Constatirung der zum Gesammtgute gehörenden Gegenstände und der Ermittelung des Werthes derselben.

§ 26.

A. Von dem Platz greifenden Verfahren überhaupt.

Will oder muß der überlebende Ehegatte sich mit den Erben des Verstorbenen, in Betreff des bisher gemeinschaftlichen Gutes,

*) Der Fall, wo in Folge des Todes des längstlebenden Ehegatten die fortgesetzte Gütergemeinschaft aufgehoben wird, bleibt hier außer Betracht. Zwar stehen, gleich diesem, auch die Fälle der Aufhebung der Communion bei Lebzeiten des conjux superstes zu dem Erbrecht in Beziehung, jedoch in keinem so unmittelbaren, als jener erste Fall.

auseinandersetzen, so ist ja zunächst der Bestand der Masse, und sodann der Werth der zu derselben gehörenden Gegenstände, zu ermitteln und festzustellen.

Daß das hierauf abzielende Verfahren sich je nach den Umständen verschieden gestaltet und gestalten muß, gilt für das Gebiet des Land- und Marschrechts nicht minder, als für die sonstigen Rechtsgebiete, und findet daher bald ein gerichtliches Verfahren, bald nur eine gerichtliche Mitwirkung Statt, bald endlich ist das Verfahren ein außergerichtliches.

War die Ehe eine kinderlose und sind die Erben des verstorbenen Ehegatten lauter mündige, resp. theils mündige, theils unmündige Collateralen, oder aber Kinder aus früherer Ehe und letztere also, nur Stiefkinder des überlebenden Ehegatten, so findet ein gerichtliches Verfahren Statt, welches jedoch durch das später näher zu erörternde Institut der Zusetzung insofern eine gewisse Einschränkung erleidet, als dadurch der zur Ermittelung des Werths der Massegegenstände sonst stattfindende öffentliche gerichtliche Verkauf ausgeschlossen wird.

Sind lauter mündige und anwesende Erben vorhanden, so bleibt es im Allgemeinen ihrem Ermessen überlassen, wie sie resp. den Massebestand constatiren, und den Werth der verschiedenen Bestandtheile ermitteln wollen; — jedoch kommt dabei ebenfalls das dem überlebenden Ehegatten zustehende Recht, sich, falls zu dem aufzutheilenden Gesammtgute ein „Hof" gehört, diesen, nebst Beschlag, zusetzen zu lassen, in Betracht.

Eine bloße gerichtliche Mitwirkung in der angegebenen Hinsicht findet demnach nur alsdann Statt, wenn entweder gleich nach Auflösung der Ehe durch den Tod eines Gatten, oder nach Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft bei Lebzeiten des conjux superstes, zwischen diesem, und lauter, oder zum Theil unmündigen beiderseitigen Kindern, oder Kindeskindern, eine Auseinandersetzung in Betreff der bisher gemeinschaftlichen Vermögensmasse, vorzunehmen ist.

Zwar ist auch hier eine Vereinbarung zwischen den Vertretern der unmündigen Erben, resp. den mündigen und dem überlebenden Ehegatten, über den Werth der Masse-Gegenstände, keineswegs

ausgeschlossen, wie indessen eine solche Vereinbarung zu ihrer Gültigkeit der obervormundschaftlichen Genehmigung bedarf *), so ist es, andrer Seits auch nicht dem freien Ermessen der Betheiligten anheimgestellt, wie der Bestand des Gesammtguts zu constatiren, vielmehr ist es, wenigstens im Amte Steinburg, durchstehender Grundsatz, daß zu dem Behufe vom überlebenden parens ein specielles Inventar zu ediren und die Richtigkeit desselben von ihm zu beeidigen ist **).

Uebrigens kann auch in diesem Falle eine s. g. Zusetzung, insoweit die Voraussetzungen dazu vorhanden, auf Verlangen des conjux superstes, Statt finden.

B. Von der Zusetzung durch Vogt und Holsten insbesondere.

§ 27.

Die Bedeutung und das Wesen derselben.

Was zunächst die Bedeutung der Zusetzung betrifft, so würde darunter, wenn die in den

S. H. Anzeigen pro 1852, p. 30

enthaltene Definition richtig wäre, „die Uebertragung des in einer Masse befindlichen Hofes an den überlebenden Ehegatten durch Taxation durch Vogt und Holsten," zu verstehen sein. Diese Erklärung kann jedoch nicht als richtig anerkannt werden, vielmehr ist unter „Zusetzung" lediglich das Schätzungsgeschäft selbst zu verstehen, welches unter Leitung des Vogts (Kirchspielvogts oder Gerichtsvogts) von zweien „Holsten" benannten Taxatoren vorgenommen wird, um die Werthsumme zu ermitteln, welche für die demnächstige Ueberlassung des zu einer gemeinschaftlichen Gütermasse gehörenden Hofes an den überlebenden Ehegatten, als Grundlage zu dienen hat. Daß die Uebertragung selbst nicht durch die Zusetzung bewirkt wird, ist um so unzweifelhafter, als einmal das

---

*) Für die Cremper- und Wilster-Marsch ist dies durch den § 5 des Reglements vom 19. November 1753 — S. H. Anz. pro 1755, p. 10 ausdrücklich vorgeschrieben.

**) § 4 des allegirten Reglements.

Zusetzungs-Instrument darüber nicht das Mindeste enthält, was doch sonst der Fall sein würde; dann aber auch, weil erst nach geschehener Zusetzung ein Ueberlassungscontract errichtet zu werden pflegt, welcher, außer den sonstigen Bestimmungen, die Verzichtleistung der Erben des verstorbenen Ehegatten auf ihren Antheil an dem Hofe und den sonstigen Massegegenständen, so wie die Anerkennung des Uebernehmers, als nunmehrigen alleinigen Eigenthümers, beziehungsweise die Genehmigung zur Umschreibung des Hofes auf seinen Namen, enthält; welches Alles völlig überflüssig wäre, wenn vermittelst der Zusetzung schon die Uebertragung des Hofes erfolgt wäre.

Als das eigentliche Taxationsgeschäft ist denn auch die Zusetzung bisher in allen zum Gebiete des Land- und Marschrechts gehörenden Districten, wo sie Eingang gefunden *), aufgefaßt worden. Wie in dieser Beziehung durchaus keine Abweichung Statt findet, so herrscht in Betreff des Characters der Zusetzung insofern ebenfalls völlige Uebereinstimmung, als dieses Institut allgemein als eine Rechtswohlthat betrachtet wird, wohingegen aber die mit solchem beneficio verbundene Intention und das Ziel der Zusetzung, sowie die Aufgabe der adhibirten Taxatoren verschieden aufgefaßt werden.

Am weitesten verbreitet ist unstreitig wohl die Auffassung, wornach die Absicht jener Rechtswohlthat nur dahin gehen soll, dem öffentlichen Verkaufe des zur gemeinschaftlichen Gütermasse gehörenden Hofes, und damit einer solchen Vertheuerung desselben vorzubeugen, die dem überlebenden Ehegatten es unmöglich machen würde, in dessen Besitz zu verbleiben, woraus dann weiter gefolgert wird, daß die Aufgabe der bei der Zusetzung adhibirten Taxatoren darin bestehe, im Gegensatze zu dem in Folge größerer Liebhaberei und dadurch vermehrter Concurrenz, so wie der augenblicklichen Conjuncturen wechselnden Resultate eines öffentlichen Aufgebots, den wahren Werth des von dem überlebenden Ehegatten zu über-

---

*) Daß in der Herrschaft Breitenburg die Zusetzung nicht in Gebrauch gekommen ist, habe ich schon im § 4 der ersten Abtheilung in der Note bemerkt.

nehmenden Hofes, ohne weitere Rücksichtsnahme auf sonstige Verhältnisse, festzustellen. Wo diese Anschauung herrscht, da werden theils immer *), theils zuweilen **), statt der in der Resolution vom 4. Februar 1792 genannten Holsten, die nach der Verordnung vom 20. November 1811 bestellten Districtstaxatoren mit der Schätzung beauftragt, ohne daß sie, mit specieller Beziehung auf die vorzunehmende Zusetzung, besonders in Pflicht genommen werden.

Hiervon abweichend, wird in der Cremper-Marsch die Sache so aufgefaßt, daß durch die Zusetzung durch Vogt und Holsten derjenige Preis zu ermitteln sei, für welchen der überlebende Ehegatte den Hof, um darauf wohnen zu können, unter Berücksichtigung der dabei in Betracht kommenden öconomischen und Familien-Verhältnisse nach Billigkeit anzunehmen hat ***).

Es werden daher bei Zusetzungen in der Cremper-Marsch niemals die beeidigten Districtstaxatoren, als solche, adhibirt, sondern, wenn aus deren Zahl die „Holsten" gewählt werden,

---

*) z. B. in adeligen Gütern Heiligenstedten, Bahrenfleth, Neuendorf, Collmar und Seestermühe, wie auch im Patrimonialgute Horst, und in der Blomeschen Wildniß.

**) Dies ist der Fall in der Wilster-Marsch, und in den Marsch-Districten des Klosters Itzehoe.

***) In einer berichtlichen Erklärung, welche von den zur Zusetzung eines Hofes in Crempdorf adhibirten Holsten über eine Vorstellung und Bitte eines Miterben, um Cassation der Zusetzung, im Jahre 1859 abgegeben wurde, äußerten sich dieselben also:

„Die Zusetzung eines Hofes nach Land- und Marschrecht und die „Taxation desselben nach der Verordnung vom 20. Novbr. 1811, „sind zwei ganz verschiedene Dinge. Bei der Taxation eines Hofes „nach der Verordnung vom 20. Novbr. 1811 handelt es sich um „die Ermittelung seines gemeinen Werthes, bei der Zusetzung aber „um die Ermittelung desjenigen Preises, für welchen der über„lebende Ehegatte den Hof, um darauf wohnen zu können, unter „Berücksichtigung der in Betracht kommenden öconomischen und „Familien-Verhältnisse, nach Billigkeit, anzunehmen hat."

dieselben regelmäßig nach der üblichen Formel *) freilich nur unter Bezugnahme auf den von ihnen bereits geleisteten Eid, besonders verpflichtet.

Es entsteht nun die Frage, ob diese oder jene Auffassung dem Wesen der Zusetzung am meisten entspricht, und bemerke ich in dieser Beziehung Folgendes:

In den S. H. Anzeigen pro 1852, p. 31, wird darauf Bezug genommen, daß das Steinburger Amthaus sich in dem über das Gesuch der Hauptleute der Cremper- und Wilster-Marsch, um Erlassung einer allerhöchsten Resolution in Betreff der Zusetzung durch Vogt und Holsten, am 6. October 1791 erstatteten Berichte dahin ausgesprochen habe, daß die Schätzung des Hofes nach dem wahren Werthe desselben zur Zeit der Taxation geschehe, weshalb die Erben des verstorbenen Ehegatten dabei nicht gefährdet werden könnten. —

Der betreffende Passus im Berichte des Amthauses lautet wörtlich also: „Bei dieser Schätzung erhalten die Ehegatten den Hof nicht nach einem pretio affectionis, nicht nach dem, was ein Dritter dafür geben kann, sondern nach dem wahren Werthe, den der Hof zu der Zeit, in welcher die Taxation geschieht, wirklich hat. Dabei kann regulariter niemand gefährdet werden, so wenig die Erben, als die Kinder."

Reißt man nun die Worte: „daß der Hof nach dessen wahren Werthe zur Zeit der Taxation geschätzt werde," aus ihrer Verbindung mit dem Vorhergehenden heraus, und legt auf selbige das Hauptgewicht, urgirt man dabei zugleich, daß weder bei dieser

---

*) Die in der Cremper-Marsch gebräuchliche Formel, wonach die Holsten verpflichtet werden, lautet dahin, daß sie nach bestem Wissen und Gewissen, nach der im Land- und Marschrecht begründeten Regel, die ihnen übertragene Schätzung vornehmen wollen. In den Kirchspielen Brockdorf, Wewelsfleth, Beidenfleth und Wilster sind seit 1811 durchgehends die Districtstaxatoren ohne besondere Verpflichtung bei der Zusetzung adhibirt; — die Formel, wornach im Kirchspiel St. Margarethen, wenn nicht Districtstaxatoren als Holsten gewählt werden, letztere verpflichtet zu werden pflegen, lautet also: „unpartheiisch, nach Ueberzeugung, gewissenhaft die Taxation beschaffen zu wollen."

Gelegenheit, noch sonst, im Amthausberichte der Befugniß der Holsten, die öconomischen und Familien-Verhältnisse des überlebenden Ehegatten bei der Bestimmung des Werths des Hofes in Betracht zu ziehen, Erwähnung geschieht, so könnte man vielleicht geneigt sein, der Ansicht sich anzuschließen, wornach die Aufgabe der Holsten bei der Zusetzung sich darauf beschränken soll, den Werth des Hofes, ohne alle Nebenrücksichten, festzustellen.

Es dürfte jedoch mehr als fraglich sein, ob das wirklich die Meinung des Steinburger Amthauses gewesen ist. Hält man nämlich, was für eine richtige Interpretation doch nothwendig ist, jene Worte mit dem eben vorhergehenden Satze: „der überlebende Ehegatte erhält den Hof nicht nach dem, was ein Dritter dafür geben kann," zusammen, und nimmt man an, daß hiermit der gemeine Werth hat bezeichnet werden sollen, so kann, im Gegensatze zu diesem, unter dem Werthe, wornach der Hof wirklich geschätzt wird, nur der relativ wahre, oder derjenige verstanden werden, den der Hof eben für den überlebenden Ehegatten, also seinen Verhältnissen nach, hat.

Für eine solche Auslegung sprechen noch verschiedene andre Momente, und zwar:

a. wäre unter dem Ausdruck „wahrer Werth" der absolut wahre Werth des Hofes zu verstehen, so wäre die Bemerkung des Amthauses, „daß regulariter niemand bei der Zusetzung gefährdet werde," eine ziemlich müßige, die keine rechte Bedeutung hätte. Diese erhält sie erst, wenn unter dem „wahren" Werthe der relativ wahre Werth verstanden wird, indem dann das Amthaus hat sagen wollen, daß, wenn auch der Hof nicht nach seinem gemeinen, sondern nach dem Werthe, den er speciell für den überlebenden Ehegatten habe, geschätzt zu werden pflege, dabei jedoch für gewöhnlich weder die Erben, d. h. die Collateralen, noch die Kinder, gefährdet würden, weil sie nämlich eben Alles erhielten, was der überlebende Ehegatte, seinen Verhältnissen nach, zu leisten vermöge, und er zur Leistung dessen, was ihm über seine Kräfte hinaus auferlegt werde, doch nicht im Stande sein werde, den Kindern auch das-

jenige später wieder zu Gute komme, was ihnen für den Augenblick etwa durch die moderate Schätzung des Hofes entginge.

b. In dem erwähnten Gesuche der Cremper- und Wilster-Marsch Hauptleute heißt es ausdrücklich, daß der nachlebende Ehegatte den Hof nur zu dem wahren Werthe, wobei er ein ferneres Auskommen finden könne, erhalte, und wird hinzugefügt, daß dabei die mit ihm theilenden Kinder, oder Collateral-Erben des praedefuncti „im Grunde" nichts litten (einbüßten).

c. Wenn die zur Zusetzung hinzugezogenen Holsten bei der Bestimmung des Werths des Hofes auf den überlebenden Ehegatten keinerlei Rücksichten nehmen dürften, also ganz davon absehen müßten, ob es ihm seinen ökonomischen oder sonstigen Verhältnissen nach, möglich sein werde, auf dem Hofe sein Fortkommen zu finden, wenn er die Hälfte der Taxationssumme an die Erben des verstorbenen Gatten auskehren, und was ihm sonst noch obliegt, erfüllen muß, so würde in vielen, und vielleicht in den meisten Fällen, die mit der Zusetzung verbundene wohlmeinende Absicht gradezu vereitelt, und der überlebende Ehegatte genöthigt werden, den Besitz des Hofes, der ihm erhalten werden soll, aufzugeben.

Aus diesen Gründen glaube ich, mich dafür entscheiden zu müssen, daß es dem Wesen und dem Geiste des ganzen Instituts am meisten entspricht, wenn das Ziel der Zusetzung und die Aufgabe der dabei als Taxatoren adhibirten Holsten, so aufgefaßt wird, als in der Cremper-Marsch bisher geschehen ist, und berufe ich mich für die Richtigkeit dessen auf das Zeugniß eines Mannes, der seiner Zeit zu den des Land- und Marschrechts Kundigsten gehörte, des weiland Advokaten Löck in Itzehoe, welcher anläßlich einer von zweien beeidigten Districtstaxatoren, als solchen, im im Jahre 1840 vorgenommenen und deshalb als ungültig angefochtenen Zusetzung des Hofes der Wittwe Kahlke in Elskop, sich folgendermaaßen aussprach:

„Zweck und Ziel der Zusetzung hat ersichtlich nicht dahin

„gehen können, den Verkaufswerth eines Grundstücks zu „ermitteln; denn dann möchte eben so gut zu einem wirk„lichen Verkaufe geschritten werden, — der überlebende „Ehegatte könnte dann nur zuhöchst bieten. Im Gegen„theil ist bisher diese Einrichtung angesehen worden als „eine Rechtswohlthat, um zu verhüten, daß der überlebende „Ehegatte nicht durch die Miterben vom Hofe vertrieben „werde. Es wird daher bei der Zusetzung durch Vogt und „Holsten auf die Umstände des überlebenden Ehegatten, so „wie darauf gesehen, ob unversorgte Kinder, und wie viele, „vorhanden, und ob die Stelle verschuldet, auch Geschlecht, „Alter und Gesundheitszustand des Ueberlebenden wird er„wogen, und demgemäß der Preis so gestellt, daß der „überlebende Ehegatte auf dem Hofe bleiben und wohnen „kann."

Eine nothwendige Consequenz einer derartigen Auffassung der Sache ist die, daß bei der Zusetzung keine beeidigte Taxatoren, in dieser ihrer Qualität, zugezogen werden können, da sie, kraft ihres Eides, zu einer gewissenhaften und unpartheiischen Schätzung, ohne Ansehen der Person (§ 6 der Verordnung vom 20. Novbr. 1811) verpflichtet, und mithin behindert sind, diejenige Rücksicht auf die Verhältnisse des überlebenden Ehegatten zu nehmen, als dies bei dem Wortlaute des Eides, den in der Cremper-Marsch die Holsten leisten, für selbige thunlich und zuläßig ist.

Außer in der angegebenen Beziehung kommen auch in Betreff des Umfanges der Zusetzung, und zwar in zwiefacher Hinsicht, lokale Abweichungen vor.

Eines Theils wird nämlich gegenwärtig in einigen Districten, wie in der Cremper- und Wilster-Marsch und in den Marschdistricten des Klosters Itzehoe nur eine Zusetzung von eigentlichen Marschhöfen, nicht aber von sonstigen Landstellen, zugelassen, während in anderen Districten, z. B. in den Gütern Neuendorf, Groß- und Klein-Collmar und Seestermühe, die Zusetzung auch auf kleinere Landstellen extendirt wird. Anderen Theils wird in einigen Districten bei den Zusetzungen von Höfen durch Vogt und Holsten, regelmäßig nur der Hofbeschlag mit geschätzt, das übrige bewegliche

Gut aber vielfach von der Schätzung ausgeschlossen, wie dies seit Anfang der 1850er Jahre sowohl in der Cremper- als Wilster-Marsch vorgekommen ist; wogegen in anderen Districten, als den genannten klösterlichen und adeligen Gutsdistricten, regelmäßig auch sämmtliche bewegliche Güter zugesetzt zu werden pflegen. Untersuchen wir nun, welches Verfahren in der einen, wie in der anderen Hinsicht dem Wesen der Zusetzung am meisten entspricht, so dürften folgende Erwägungen in Betracht kommen, und zwar zunächst:

a. in Betreff der Frage, ob die Zusetzung auf eigentliche Marschhöfe zu beschränken sei oder nicht?

1) Wenn auch die Zusetzung durch Vogt und Holsten sich, dem in anderen Rechtsgebieten zur Ermittelung des Werths von Grundstücken üblichen Verfahren gegenüber, als eine Singularität darstellen mag, so hat sie doch, in Bezug auf das Gebiet des Land- und Marschrechts selbst, diesen Character nicht, ist vielmehr daselbst nach den eigenen Worten der Resolution vom 4. Februar 1792 als Regel zu betrachten. — Es liegt deshalb keine Veranlassung vor, die Zusetzung nur bei eigentlichen Marschhöfen zuzulassen, und, wenn es für statthaft erachtet wird, den Werth eines Marschhofes vermöge einer Schätzung durch Vogt und Holsten zu ermitteln, so muß ein solches Verfahren, in Beziehung auf kleinere, weniger werthvolle Landstellen, um so unbedenklicher und zuläßiger erscheinen.

2) Da die Zusetzung nicht erst im Jahre 1792 eingeführt, vielmehr eine althergebrachte Einrichtung ist, welche mit der alleinigen Modification, daß mit Ausschluß der bis dahin zuläßigen provocatio ad ordinarium resp. der Appellation gegen die vom Amthause verweigerte Zusetzung, das Rechtsmittel der Supplication an das Obergericht von der unzufriedenen Parthei ergriffen werden solle, durch die gedachte Resolution lediglich bestätigt worden ist,

cf. S. H. Anzeige pro 1852, p. 30,

so müssen, mit Ausnahme dieser Modification, alle diejenigen Grundsätze, welche in Ansehung der Zusetzung vor

1792 galten, auch noch jetzt Anwendung leiden. Daß aber vor 1792 die Zusetzung nur bei Marschhöfen üblich gewesen sei, darüber findet sich nicht die mindeste Andeutung vor.

3) In der Resolution vom 4. Februar 1792 kommt ebensowenig, als in dem derselben voraufgegangenen Gesuche der Hauptleute der Cremper- und Wilster-Marsch vom 24. Februar 1791 und dem darüber erstatteten Berichte des Steinburger Amthauses vom 6. October 1791 der Ausdruck „Marsch" vor, sondern es ist darin nur die Bezeichnung „Hof" gebraucht worden. Unter „Hof" wird aber, dem gewöhnlichen Sprachgebrauche nach, nicht bloß ein Marschhof, sondern jede Stelle verstanden, mit welcher ein regelmäßiger landwirthschaftlicher Betrieb verbunden ist.

4) Da derartige Landstellen im Jahre 1791 von der Zusetzung durch Vogt und Holsten nicht ausgeschlossen waren, so wird angenommen werden müssen, daß dieselben unter dem in dem Gesuche der Marschhauptleute und dem Berichte des Steinburger Amthauses gebrauchten Ausdrucke „Hof" mit befaßt worden sind. Ist dies aber der Fall, so darf die in die Resolution vom 4. Februar 1792 übergegangene gleiche Bezeichnung nicht in einer hiervon verschiedenen Weise gedeutet werden.

5) Wie es dem Wortverstande der Resolution nicht entspricht, die Zusetzung auf Marschhöfe zu beschränken, so entspricht eine solche Beschränkung auch weder der Absicht des Gesetzes, noch den Intentionen der Marschhauptleute. Denn, da die Zusetzung von jeher als eine Rechtswohlthat aufgefaßt worden sein wird, so kann doch nur beabsichtigt worden sein, möglichst Viele dieses beneficii theilhaftig zu machen, und demselben daher die größtmöglichste Ausdehnung zu geben. Wäre aber die Resolution vom 4. Februar 1792 so zu verstehen, daß nur eigentliche Marschhöfe durch Vogt und Holsten zugesetzt werden dürften, so wären nicht nur ganze Districte, wie z. B. in der Cremper-Marsch, das in communaler Beziehung zu dieser gehörende Geestkirchspiel Hohenfelde, und der District Königsmoor — obwohl mit

nicht wenigen der dort befindlichen Landstellen ein eben so großes, mitunter sogar ein größeres Areal verbunden ist, als mit manchen Marschhöfen — sondern auch die Besitzer der zur Categorie der letzteren nicht gehörenden, in der Marsch selbst belegenen Stellen, von dem Genusse jener Rechtswohlthat gänzlich ausgeschlossen, trotzdem sie derselben, ihren Verhältnissen nach, viel bedürftiger sind, als die Besitzer von Marschhöfen. Dazu kommt endlich

6) daß die Resolution vom 4. Februar 1792 so lange, bis das Steinburger Amthaus im Anfange der 1850er Jahre, das entgegengesetzte Princip aufzustellen begann, in der Praxis stets die Auslegung gefunden hat, daß die Zusetzung durch Vogt und Holsten nicht blos bei eigentlichen Marschhöfen zulässig sei.

Diese Erwägungen zusammengenommen, dürften zu dem Resultate führen, daß die Beschränkung der Zusetzung auf Marschhöfe, weder dem Wesen dieses Instituts, noch dem Wortlaut und der Absicht der Resolution vom 4. Februar 1792 entspricht, und daß demnach der Ansicht, wonach eine derartige Schätzung auch auf die, wenn auch nicht in die Categorie von Marschhöfen gehörenden Stellen, mit welchen jedoch ein regelmäßiger landwirthschaftlicher Betrieb verbunden ist, Anwendung leide, entschieden der Vorzug gebühre.

Die Zusetzung noch weiter, und namentlich auf Kathen ohne Land zu extendiren, dazu ist man jedoch nicht berechtigt. Zwar mögen dafür auch alle diejenigen Gründe sprechen, welche im Vorstehenden für die Ausdehnung jener Einrichtung über die eigentlichen Marschhöfe hinaus, angeführt worden sind. Es kommt dagegen jedoch in Betracht, daß das hier in Rede stehende Institut auf Gewohnheit beruht, und daß eine Zusetzung von Kathen und solchen Stellen, mit welchen das zur Herstellung eines regelmäßigen landwirthschaftlichen Betriebs erforderliche Areal nicht verbunden ist, bisher nicht in Gebrauch gekommen ist, und daher auch nicht von den Besitzern solcher Grundstücke als ein ihnen herkömmlich zustehendes Recht verlangt werden kann.

Was sodann

b. die Frage betrifft, ob bei der Zusetzung von Landstellen lediglich der Beschlag der Schätzung durch Vogt und Holsten mit zu unterziehen, oder es für zulässig zu erachten sei, daß auch das übrige bewegliche Gut mit taxirt werde? so ist darüber folgendes zu bemerken:

In der Resolution vom 4. Februar 1792 geschieht ebensowenig, als in dem derselben voraufgegangenen Gesuche der Cremper- und Wilster-Marsch Hauptleute, und dem darüber erstatteten Berichte des Steinburger Amthauses des Beschlages, und vielweniger noch der sonstigen beweglichen Güter, Erwähnung. Für die Beurtheilung der vorliegenden Frage kann man sich also weder auf den Wortlaut jener Resolution, noch den Inhalt der angeführten Actenstücke beziehen; allenfalls könnte der Umstand, daß der Beschlag sowohl, als das Mobiliar, ganz mit Stillschweigen übergangen wird, zu der Schlußfolgerung berechtigen, daß eine Zusetzung des einen, wie des anderen, gleich unzuläßig sei.

Würde man sich aber hierfür entscheiden, so würde man dadurch mit der bisherigen Observanz in den entschiedendsten Widerspruch treten, indem nach einer constanten und gleichmäßigen Praxis es dem überlebenden Ehegatten, welchem der Hof zugesetzt wurde, bisher stets, als ein ihm zustehendes Recht, eingeräumt worden ist, sich jedenfalls auch den Hofbeschlag durch Vogt und Holsten zusetzen zu lassen. Diese Befugniß ist dem überlebenden Ehegatten, nach Allem, was vorliegt, niemals streitig gemacht, sondern eben nur in Frage gestellt worden, ob er das Recht habe, zu verlangen, daß auch die nicht zum Hofbeschlage gehörenden beweglichen Güter, der Zusetzung durch Vogt und Holsten unterzogen werden.

Es handelt sich also hier nur um eine solche Berechtigung, und werden wir uns demnach darauf zu beschränken haben, die dafür und dawider sprechenden Gründe gegen einander abzuwägen.

Gegen die Ausdehnung der Zusetzung auf das nicht zum Hofbeschlage gehörende bewegliche Gut, läßt sich nun anführen:

1. der mit diesem Institut verbundene Zweck.

Geht dieser nämlich wesentlich dahin, dem überlebenden Ehegatten

es zu ermöglichen, daß er auf dem zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörenden Hofe wohnen bleibe, so scheint dieser Intention durch eine, seine Familien- und öconomischen, wie die etwa sonst noch in Betracht kommenden Verhältnisse berücksichtigende Preisbestimmung der Hofgebäude, der Ländereien und Alles dessen, was zum Wirthschaftsbetriebe erforderlich ist, genügt zu sein, und es über das Ziel hinaus zu gehen, ihm ebenfalls solche Sachen, die für die Bewirthschaftung des Hofes nicht als unentbehrlich zu betrachten sind, und worunter sich, namentlich in jetziger Zeit, manche befinden werden, die lediglich als Luxusgegenstände zu bezeichnen sind, gegen einen billigeren Preis zuzuwenden.

2. Die Bestimmung des § 8 der für den ehemals königlichen und des § 9 der für den vormals gemeinschaftlichen Antheil des Herzogthums Holstein erlassenen Vormünder-Ordnungen resp. vom 13. September 1743 und 28. September 1767, wornach zum öffentlichen Verkaufe des Mobiliar-Nachlasses geschritten werden soll, wenn nach dem Tode der beiderseitigen Eltern unmündige, oder durch keinen Bevollmächtigten vertretene abwesende Erben vorhanden sind.

Der erste dieser Einwürfe wird jedoch durch die Bemerkung beseitigt, daß der überlebende Ehegatte, soll er auf dem zum Gesammtvermögen gehörenden Hofe wohnen bleiben, dazu ebensowohl der zur Führung eines Hausstandes erforderlichen, als der zum landwirthschaftlichen Betriebe nöthigen Gegenstände bedarf, und daß daher auch der Zweck der Zusetzung nur unvollständig erreicht werden würde, wollte man sie auf den Hof nebst dem Beschlage beschränken und so den überlebenden Ehegatten zwingen, verhältnißmäßig größere Kosten aufzuwenden, um in den Besitz der ihm unentbehrlichen Hausstandssachen zu gelangen.

Was aber den zweiten Einwand betrifft, so liegt es auf der Hand, daß nur ausnahmsweise, z. B. wenn ein Stiefvater, oder eine Stiefmutter, unmündigen Stiefkindern oder Collateralen gegenüber, den Hof nebst Beschlag und Mobiliar zu behalten wünscht, eine Collision zwischen den über den öffentlichen Verkauf und die Zusetzung der beweglichen Güter geltenden Grundsätze eintreten

kann; weshalb denn auch, entschiede man sich wirklich für die Ausschließung einer Zusetzung in solchem exceptionellen Falle, diese Entscheidung nicht für die sonstigen gewöhnlichen Fälle maaßgebend sein könnte. Es ist indeß keineswegs als ausgemacht zu betrachten, daß in jenem Falle eine Zusetzung gesetzlich unzulässig sei. Zwar ist von dem Holsteinischen Obergerichte in einem unterm 24. August 1857 an die klösterliche Obrigkeit in Uetersen auf ihre desfällige Vorfrage erlassenen Rescript ausgesprochen, daß durch die Resolution vom 4. Februar 1792 hinsichtlich der gesetzlichen Bestimmungen über den öffentlichen Verkauf von Mobilien bei der Concurrenz von unmündigen Erben, keine Veränderung getroffen worden ist, so daß also hiernach in den Fällen, wo die erwähnte Vorschrift der Vormünder-Ordnung Platz greift, eine Zusetzung der beweglichen Güter überhaupt, also nicht blos des Mobiliars, sondern auch der zum Hofbeschlage gehörenden Gegenstände, cessiren müßte, und dieselbe folglich auf den Hof allein beschränkt bliebe. Allein eine derartige Beschränkung dürfte den Intentionen der Vormünder-Ordnungen durchaus fern liegen. Hätte es wirklich in der Absicht der Gesetzgebung gelegen, die über die Zusetzung geltenden Grundsätze durch jene Erlasse zu modificiren, so hätte mit Grund erwartet werden dürfen, daß Solches klar und unumwunden ausgesprochen worden wäre. Je weniger aber dies geschehen, und je mehr es auch nur an der Andeutung einer solchen Absicht fehlt, desto berechtigter erscheint die Annahme, daß die §§ 8 und 9 der Vormünder-Ordnungen den Fall, wo trotz des Absterbens der beiderseitigen Eltern, ein Stiefvater, oder überhaupt noch ein Ehegatte vorhanden, gar nicht vor Augen gehabt haben, so, daß das Institut der Zusetzung durch die Bestimmung der allegirten §§ 8 und 9 der Vormünder-Ordnung ebensowenig afficirt worden ist, als letztere durch die Resolution vom 4. Februar 1792 berührt wird. Es wäre in der That denn auch völlig unerfindlich, weshalb dem Stiefparens, als conjux superstes, wenn es ihm freisteht, sich den Hof zusetzen zu lassen, die Zusetzung des Hofbeschlages und der sonstigen beweglichen Güter, zu versagen wäre. Während nun, dem Vorbemerkten zufolge, gegen die Ausdehnung der Zusetzung auf das ganze Mobiliarvermögen, keine stichhaltigen

Gründe anzuführen sind, sprechen andrer Seits positiv für eine solche Extendirung:

a) ein langjähriges Herkommen, und eine hiermit übereinstimmende constante Praxis.

Zwar liegen, wie oben schon angedeutet worden, einige Fälle aus den 1850er Jahren vor, in denen das Steinburger Amthaus die Zusetzung der nicht zum Hofbeschlage gehörigen beweglichen Güter, verweigert hat. Wie das Amthaus indessen selbst in späterer Zeit zu der früher befolgten Ansicht zurück gekehrt, und seitdem von demselben resp. dem Gericht für das Amt Steinburg, auf welches, nach der erfolgten Trennung der Justiz von der Administration in diesem Districte, die causae cognitio in der fraglichen Hinsicht übergegangen, in allen Fällen, in welchen die Zusetzung eines Hofes bewilligt wurde, es, auf desfälligen Antrag, statuirt worden ist, daß, außer dem Hofbeschlage, auch die sonstigen beweglichen Güter zugesetzt würden, — weshalb jenen vereinzelten contrairen Entscheidungen weiter keine Bedeutung beizulegen ist, — so ist auch vom Holsteinischen Obergerichte, indem es mittelst Bescheides vom 31. August 1852 die Beschwerde eines der Miterben des weiland Claus Bielenberg in Neuenbrock, wegen geschehener Zusetzung der nicht zum Hofbeschlage gehörenden beweglichen Güter, zurückwies, die Zulässigkeit der Schätzung dieser Gegenstände durch Vogt und Holsten, anerkannt, und somit jene Praxis von demselben sanctionirt worden. Es kommt

b) hinzu, daß, wie vorhin schon angeführt worden ist, die Ausdehnung der Zusetzung auf das gesammte Mobiliarvermögen, dem Wesen und Zwecke dieses Instituts allein entspricht. Wenn etwa eingewandt werden möchte, daß es doch über die Intention der Zusetzung hinausgehe, dem überlebenden Ehegatten für ihn entbehrliche Luxusgegenstände zu einem billigeren Preise zuzuwenden, so erledigt sich dieser Einwurf durch die Bemerkung, daß es den Holsten nicht allein unbenommen, sondern pflichtmäßig obliegt, bei der

Feststellung des Werthes solcher Sachen, einen anderen Maaßstab anzuwenden, als bei der Bestimmung des Werthes der zur Führung des Hausstandes unentbehrlichen Gegenstände. Endlich sprechen

c) Gründe der Zweckmäßigkeit dafür, die Zusetzung auf sämmtliche bewegliche Güter zu extendiren. Beschränkt man nämlich die Zusetzung auf den Hof und den Hofbeschlag, so ist man genöthigt, Alles, was zu letzterem nicht gehört, auszuscheiden und genau festzusetzen, was zum Beschlage zu rechnen sei, welches, wenn auch der Begriff von „Beschlag" in abstracto sich unschwer, und zwar dahin bestimmen läßt, daß darunter alle zum Wirthschaftsbetriebe erforderlichen Gegenstände zu verstehen sind, doch, weil es mehr der Beurtheilung in concreto unterliegt, was zu eben diesen Gegenständen zu zählen sei, mit nicht geringen Schwierigkeiten verknüpft ist. Alle diese Schwierigkeiten fallen dagegen hinweg, wenn es zugelassen wird, daß das gesammte Mobiliarvermögen durch Vogt und Holsten mit zugesetzt werde.

Außerdem kommt noch in Betracht, daß eine solche Schätzung der bei der Concurrenz von unmündigen Kindern die Auseinandersetzung zwischen den Vertretern dieser und dem überlebenden Ehegatten überwachenden obervormundschaftlichen Behörde eine größere Garantie für eine richtige Preisbestimmung darbietet, als wenn der Werth der von der Zusetzung ausgeschlossenen beweglichen Güter, durch eine solchen Falles eintretende Vereinbarung der Betheiligten festgestellt wird.

Nach diesem Allen wird man nicht umhin können, sich zu Gunsten der Zusetzung auf das gesammte Mobiliarvermögen zu entscheiden.

§ 28.

Die Voraussetzung und Bedingungen der Zusetzung.

In dem von dem Steinburger Amthause über das Gesuch der Hauptleute der Cremper- und Wilster-Marsch, um Erlassung

einer allerhöchsten Verfügung in Betreff der Zusetzung, am 6. October 1791 erstatteten Berichte heißt es:
„das Land- und Marschrecht, so die Zusetzung des Hofes durch „Vogt und Holsten festsetzt, bestimmt zugleich, daß jeder Fall „dem pt. Amtmann vorgetragen werden solle, damit er praevia „causae congnitione die Taxation gestatten, oder, bewandten Umständen nach, abschlagen könne. So ist es von jeher gehalten „worden."

Die Vornahme einer Zusetzung ist also durch eine vorgängige Untersuchung der Sache Seitens der beikommenden Behörde *) und ein dieselbe bewilligendes, den beikommenden Vogt mit der Vollziehung des Taxationsgeschäfts durch zwei beeidigte Holsten beauftragendes Decret bedingt.

cf. die Resolution vom 4. Februar 1792,
chr. Samml. der V. O. p. 9.

Der überlebende Ehegatte, welcher sich den Hof durch Vogt und Holsten zusetzen zu lassen gewilligt ist, hat sich demnach zuvörderst mit einem Antrage auf Genehmigung an die beikommende obervormundschaftliche Behörde **) zu wenden, worauf diese den Bericht der Localbehörde ***) oder des beikommenden Ortsofficialen erfordert. Eine Vernehmung der Erben des verstorbenen Ehegatten, resp. der Vertreter derselben, findet, für gewöhnlich, nicht Statt.

Daß die beantragte Zusetzung regelmäßig bewilligt wird, ist in der Natur der Sache begründet, und gehört deshalb die Ver-

---

*) In den Gutsdistricten die Justitiariate, in den klösterlichen die Klosterobrigkeit, und im Amte Steinburg, seitdem daselbst die Justiz von der Administration getrennt ist, das Gericht.

**) Im Amte Steinburg wird ein solcher Antrag zunächst, entweder bei den Kirchspielvogteien, oder, und gewöhnlich, bei den Landschreibereien angebracht, von denen derselbe dann an das Gericht, mit ihrem Berichte begleitet, eingesandt wird.

***) Im Amte Steinburg die Landschreibereien, deren Bericht allemal, und auch dann erfordert wird, wenn der betreffende Antrag zunächst bei der Kirchspielvogtei angebracht, und von dieser an das Gericht eingesandt worden war.

weigerung derselben zu den seltensten Ausnahmen. Specielle Bestimmungen darüber, wann die Zusetzung zu verweigern sei, enthält das Land- und Marschrecht nicht, und ebensowenig hat sich in dieser Beziehung eine bestimmte Observanz bei den mit der Cognition über derartige Anträge beauftragten Behörden gebildet. Das Steinburger Amthaus hat in dem schon erwähnten Berichte vom 6. October 1791 sich über diesen Punct, und zwar in folgender Weise geäußert:

„Es kann doch immer der Fall entstehen, wo dem nachlebenden Ehegatten der Hof nicht zugesetzt werden darf, z. B. es ist, wenn gleich nicht allgemein angenommen, doch Sitte, daß der jüngste Sohn den Hof seines Vaters erhält. Gesetzt nun, der conjux superstes wäre sein Stiefvater, er hätte mit seiner Mutter nur kurze Zeit in der Ehe gelebt, und keine Kinder mit ihr erzeugt. — Wenn dieser den von seinem Ehe-Antecessor bewohnten und verbesserten Hof sich zusetzen lassen wollte, so würde es doch immer große Bedenklichkeit haben, ihm die Erlaubniß dazu zu ertheilen. Er ist den Kindern, nach geschehener Abtheilung, ein ganz fremder Mann, der keine Verbindlichkeiten gegen sie mehr hat, und der weniger Recht zum Hofe zu haben scheint, als die Stiefkinder selbst, sonderlich der jüngere Sohn; er ist durch den Halbschied der gemeinschaftlichen Masse immer schon so gut abgefunden, als daß er auf den Hof ein Anrecht haben könnte. Noch ein anderes Beispiel entstand im abgewichenen Jahre. Rohlfs Wittwe verheirathete sich aus Neuenbrock weg nach Wilster an Johann Schade und that eine reiche Heirath. Aller Grund des nachgesuchten Verkaufs des zu Neuenbrock belegenen Hofes unter der Hand, nämlich das bessere Fortkommen des überlebenden Ehegatten auf dem Hofe, fiel weg. Ebendaher würde eine Zusetzung, wenn damals darauf angetragen wäre, nicht gestattet sein; es kamen noch andre Gründe hinzu, die das Amthaus zum Besten der Pupillen, bloß für den öffentlichen Verkauf determinirten, so auch geschehen ist."

Dies sind jedoch nur Beispiele, ein festes Princip findet sich nicht darin ausgesprochen. Will man ein solches aufzustellen versuchen, so müßte gesagt werden: da die Zusetzung dem überleben-

den Ehegatten das Wohnenbleiben und das Fortkommen auf dem Hofe ermöglichen will, Solches jedoch nicht unbedingt, und auf Kosten näher Berechtigter, so wird dieselbe stets dann zu verweigern sein, wenn es vorliegt, oder höchst wahrscheinlich ist, daß der überlebende Ehegatte, auch wenn ihm der Hof zugesetzt wird, doch nicht auf demselben wohnen bleiben kann, oder will, noch sein Fortkommen darauf zu finden im Stande ist, oder der überlebende Ehegatte nicht die nächsten Anrechte an dem Hofe hat.

Wie zu einer weiteren Ausdehnung des zu befolgenden Princips eine Veranlassung, die doch immer dem Wesen und Zwecke des ganzen Instituts zu entnehmen, nicht vorliegt, so dürfte anderer Seits die Sache durch das Angeführte erschöpft, und darunter alle Fälle, in denen die Verweigerung der Zusetzung geboten und zulässig, zu subsumiren sein *).

Daß die Anstellung eines förmlichen Vergleichs-Versuchs nicht als eine nothwendige Bedingung für die Zusetzung zu betrachten sei, kann nach der desfälligen Entscheidung des Holsteinischen Obergerichts vom 29. December 1851,

cf. S. H. Anz. pro 1852, p. 29—32,

als ausgemacht angesehen werden.

---

*) Wenn es in den S. H. Anz. pro 1852, pag. 32, nachdem bemerkt worden, daß die Cognition der beikommenden Behörde hauptsächlich da thätig werde, wo die Frage entstehe, ob überall eine Zusetzung für zulässig zu erachten, weiter heißt: so z. B. bei Entscheidung der Frage, ob einer Wittwe, welche sich nach einer Stadt verheirathet, die Zusetzung des in erster Ehe mit ihrem Ehemanne bewohnten Hofes zu bewilligen sei, so könnte dadurch die irrige Ansicht hervorgerufen werden, als wenn es vorzugsweise in dem Falle, wo eine Wittwe sich nach einer Stadt verheirathet, zur Frage komme, ob die beantragte Zusetzung für zulässig zu erachten sei, während dies doch nicht minder fraglich ist, wenn sie sich nach einem andern Landdistrict, oder auch in dem ihres Domicils so verheirathet, daß sie nicht mehr auf dem bisher bewohnten Hofe bleiben kann. Auch würde unter denselben Verhältnissen die Frage, ob die Zusetzung zulässig sei, ebensowohl entstehen, wenn der Ehemann der conjux superstes wäre. Es kommt eben darauf an, ob der überlebende Ehegatte auf dem Hofe wohnen kann, wobei es gleichgiltig, ob es die Wittwe oder der Wittwer ist.

Das Steinburger Amthaus huldigte früher der entgegengesetzten Ansicht; mit vollem Rechte ist jedoch in den S. H. Anz. l. c. dagegen hervorgehoben, daß eine solche Vorschrift in der Resolution vom 4. Februar 1792 nicht enthalten sei. Dieselbe, wird hinzugefügt, sage weiter nichts als Folgendes:

„Kann (aus diesem oder jenem Grunde) eine Vereinigung zwi-
„schen den Erben nicht stattfinden, so soll der Hof durch Vogt
„und Holsten taxirt werden,"

oder mit anderen Worten: die vertragsmäßige Vereinbarung der Erben, welche überhaupt im Land- und Marschrecht begünstigt sei, mache die Einmischung der Gerichte unnöthig; die versuchte, aber nicht zu Stande gekommene Einigung sei daher keine Bedingung, sondern lediglich die Voraussetzung jeder Zusetzung.

§ 29.

Das gegen eine die Zusetzung verweigernde oberliche Entscheidung zu ergreifende Rechtsmittel.

Wie sich in den

S. H. Anz. pro 1852, p. 30,

schon angeführt findet, erklärten die Cremper- und Wilster-Marschhauptleute, als sie über die eigentliche Ursache ihres Gesuchs, welches lediglich eine, dem Land- und Marschrecht längst bekannte Einrichtung zum Gegenstande zu haben schien, von dem Steinburger Amthause befragt wurden, der Hauptgrund ihres Antrages sei die Besorgniß, daß, wenn zwischen einem überlebenden Ehegatten und den Erben des Verstorbenen, oder den Vormündern derselben, über den Werth des Hofes Streit entstehe, und vom Amthause die Zusetzung verfügt werde, derjenige Theil, welcher damit unzufrieden, die Sache durch alle Instanzen schleppen könne; wogegen man durch eine allerhöchste Verfügung gesichert zu werden wünsche. Es konnte also, wie man hieraus ersieht, zu damaliger Zeit, gegen die die Zusetzung betreffende Entscheidung des Amthauses, ad ordinarium provocirt, und damit die Sache zunächst vors Lodding, dann an das Göding, und schließlich an das Oberamtsgericht, zur Entscheidung gebracht werden, was nicht nur eine sehr zeitraubende, sondern auch kostspielige Procedur war.

Dem wurde nun durch die Resolution vom 4. Februar 1792, und hierin besteht, wie schon bemerkt, das einzig Neue, was sie enthält, abgeholfen, indem durch sie bestimmt wurde: „daß in dem Falle, da die bei dem Amte allemal gehörig nachzusuchende Zusetzung praevia causae cognitione versagt würde, denen, die mit dem Amtsbescheide etwa nicht zufrieden seien, unbenommen sei, das remedium supplicationis an die Holsteinische Regierung, als das judicium superius zu ergreifen, ihnen aber eine provocatio ad judicium, oder Appellation nicht zu gestatten sei."

Die allegirte Resolution hat nur den Fall der Verweigerung der beantragten Zusetzung vor Augen, disponirt also nicht über den Fall, wenn die Erben des verstorbenen Ehegatten mit der von der beikommenden Behörde ertheilten Bewilligung der Zusetzung unzufrieden sind, und frägt es sich daher, wie es letzteren Falles zu verhalten sei?

Die Antwort auf diese Frage kann eine verschiedene sein. Nimmt man nämlich an, daß, weil die Erben des verstorbenen Ehegatten nach Land- und Marschrecht bei der Taxation des Hofes keine Stimme haben, wie dies in der mehrerwähnten Bittschrift der Cremper- und Wilster-Marsch-Hauptleute ausdrücklich erklärt wird,

cf. S. H. Anz. l. c. p. 31,

ihnen auch bei Entscheidung der Frage, ob eine derartige Taxation überhaupt zuläßig sei, eine Stimme nicht eingeräumt werden könne, so würde man dahin gelangen, ihnen jede Berechtigung abzusprechen, den die Zusetzung bewilligenden Bescheid der betreffenden Behörde anzufechten. Und für eine derartige Beantwortung der Frage könnte man sich auch noch darauf beziehen, daß die Erben des verstorbenen Ehegatten über den Antrag des conjux superstes auf Bewilligung der Zusetzung regelmäßig nicht vernommen werden, und das betreffende Decret ihnen auch nicht communicirt wird, so, daß sie, wenn überhaupt, jedenfalls erst dann von der vorzunehmenden Zusetzung auf officiellem Wege Kunde erhalten, wenn sie aufgefordert werden, dem Schätzungsacte selbst beizuwohnen, und es ihnen mithin, da sie gegen einen ihnen nicht ertheilten, ja nicht einmal communicirten Bescheid nicht das remedium supplicationis

ergreifen können, factisch und rechtlich an Gelegenheit zur Recursnahme fehlt.

Es wäre jedoch zu weit gegangen, wenn man wirklich den Erben des verstorbenen Ehegatten die Befugniß, sich wegen Aufhebung eines die Zusetzung bewilligenden Bescheides der mit der causae cognitio beauftragten Behörde an das Obergericht zu wenden, ganz und gar absprechen wollte; denn wenn es denselben auch nicht zugestanden werden kann, sich, nach erlangter Kunde von der bewilligten Zusetzung, ohne Weiteres gleich mit einer Beschwerde an das Obergericht zu wenden, sie vielmehr gehalten sein würden, zunächst bei der Behörde selbst, von welcher der Bescheid ausgegangen ist, zu remonstriren, so würde es doch, wenn sie Letzteres thun, und auf ihre Remonstration abschlägig beschieden werden, ihnen durchaus unbenommen sein müssen, gegen einen solchen abschlägigen Bescheid an das Obergericht Recurs zu ergreifen.

Gerichtlich entschieden ist die vorliegende Frage, meines Wissens, zwar nicht, da aber das Holsteinische Obergericht in dem erwähnten Falle aus dem Jahre 1852, in welchem über die Ausdehnung der Zusetzung auf die nicht zum Hofbeschlage gehörenden beweglichen Güter Beschwerde geführt wurde, die Beschwerdeführer nicht wegen mangelnder Activlegitimation sofort zurück gewiesen, vielmehr ihre Beschwerde einer näheren Prüfung zu unterziehen sich bewogen fand, so darf hieraus gefolgert werden, daß dasselbe sich noch weniger zu einer derartigen Zurückweisung bewogen finden wird, wenn die Beschwerde die Frage betrifft, ob die Zusetzung überhaupt für zuläßig zu erachten sei, oder nicht.

§ 30.

Die Wahl und Verpflichtung der Holsten, sowie das Taxationsverfahren selbst, und das in dieser Beziehung zu Beobachtende.

Die Wahl der bei der Schätzung zu adhibirenden Holsten steht im Allgemeinen dem die Zusetzung beantragenden conjux superstes frei, und pflegt derselbe daher auch dieselben sofort namhaft zu machen nnd um deren Zuziehung zu bitten. — Geschieht dies aber nicht, oder würde die Wahl der vorgeschlagenen

Holsten oder Taxatoren aus irgend einem Grunde beanstandet, so werden sie, insoweit in letzterem Falle nicht etwa die Behörde selbst die zu adhibirenden Personen bezeichnet, vom Vogt, nach dessen Ermessen, gewählt.

Als Grund zur Verwerfung der vorgeschlagenen Taxatoren gilt vornehmlich die nahe Verwandtschaft derselben mit dem die Zusetzung beantragenden Ehegatten; es ist im Uebrigen aber der Behörde, welcher die causae cognitio obliegt, unbenommen, auch, wenn sie aus sonstigen Gründen, die in Vorschlag gebrachten Personen zur Vornahme der Taxation nicht für qualificirt erachtet, von denselben abzusehen, und entweder selbst die zu adhibirenden Holsten namhaft zu machen, oder die Wahl anderer geeigneter Personen anzuordnen.

Wie diese Befugniß mit Nothwendigkeit aus den Obliegenheiten der mit der causae cognitio beauftragten Behörde resultirt, so ergiebt sich andrer Seits aus der Stellung der Erben des verstorbenen Ehegatten zur Sache, für diese das Recht, gegen die Zuziehung der vorgeschlagenen Taxatoren zu remonstriren, wenn von der beikommenden Behörde unberücksichtigt gelassene Verhältnisse vorliegen, welche die Annahme begründen, daß die designirten Taxatoren ihre Obliegenheiten nicht gehörig erfüllen werden.

Was die specielle Verpflichtung der definitiv zu Taxatoren bestimmten Holsten betrifft, so kann von einer solchen, nach dem oben im § 27 desfalls Bemerkten, selbstverständlich nur da die Rede sein, wo es nicht gebräuchlich geworden ist, jedesmal die beeidigten Districtstaxatoren, ohne jegliche besondere Instruction, als Holsten hinzuzuziehen. Wo aber, wie in der Cremper-Marsch, auch dann, wenn beeidigte Districtstaxatoren zu Holsten ausersehen werden, eine Verpflichtung dennoch üblich ist, da wird selbige, wie auch in dem Falle, wenn die zu adhibirenden Holsten keine beeidigte Districtstaxatoren sind, von dem Vogt vorgenommen.

Von ihm wird ebenfalls Termin zur Vornahme des Taxationsgeschäfts anberaumt, und den Beikommenden davon die erforderliche Anzeige gemacht. — In neuerer Zeit pflegen auch die Erben des verstorbenen Ehegatten, resp. die Vertreter derselben, mit geladen zu werden, dem Schätzungsacte beizuwohnen; als unbedingt

nothwendig kann dies jedoch nicht angesehen werden, da nach dem Land- und Marschrecht die Partheien bei der Taxation, die, als Officialsache, lediglich von dem Vogt und den beiden beeidigten Holsten abgemacht wird, überall keine Stimme haben, und die Erben des verstorbenen Ehegatten daher bei der Preisbestimmung außer allem Betracht bleiben.

cf. S. H. Anz. pro 1852, p. 31.

Aus Gründen der Zweckmäßigkeit mag es sich aber trotzdem empfehlen, die Erben des conjux praedefuncti zu der Taxation hinzuzuziehen, indem ihnen durch ihre Anwesenheit Gelegenheit gegeben wird, sich davon zu überzeugen, daß das Geschäft ordnungsmäßig vorgenommen und von den vorhandenen Vermögensstücken keins bei der Schätzung übergangen worden ist.

Das Taxationsgeschäft selbst leitet der Vogt, welcher auch über den ganzen Act und die Preisbestimmung jedes einzelnen Gegenstandes das Erforderliche zu Protocoll nimmt.

Nach beendeter Schätzung wird ein, die Preisbestimmung der Immobilien, des Beschlages, der Mobilien ꝛc. unter besonderen Rubriken zusammenfassendes und die daraus resultirende Totalsumme enthaltendes Instrument ausgefertigt, und dem überlebenden Ehegatten zugestellt.

Ist das Taxationsgeschäft ordnungsmäßig vorgenommen, so ist dessen Resultat für beide Partheien ein bindendes, und kann daher weder von Seiten des überlebenden Ehegatten, noch Seitens der Erben des Verstorbenen, eine zweite Taxation, wie selbige nach der Verordnung vom 20. November 1811 zulässig ist, verlangt werden. — Eine solche zweite Schätzung ist dem Land- und Marschrecht völlig fremd, und unterscheidet sich die Zusetzung auch in dieser Hinsicht sehr wesentlich von der Schätzung durch beeidigte Districtstaxatoren nach Maaßgabe der allegirten Verordnung. Dem überlebenden Ehegatten steht es nur frei, wenn er den Hof nebst Beschlag und Mobiliar zu dem bestimmten Preise nicht für annehmbar befindet, die Annahme zu verweigern, — welchen Falles zum öffentlichen Verkaufe geschritten werden müßte; — und, was die Erben des verstorbenen Ehegatten betrifft, so giebt ihnen zwar die Außerachtlassung von Essentialien, nicht aber die vermeintlich zu

niedrige Preisbestimmung das Recht, die Taxation anzufechten, weshalb denn auch, wenn gleichwohl aus eben diesem Grunde, eine Annullirung der Zusetzung herbeizuführen versucht wurde, solche Versuche, so weit bekannt, niemals den intendirten Erfolg gehabt haben.

II.

Die Ausweisung und Abtheilung.

§ 31.

Allgemeines.

Im § 3 der Vormünder-Verordnung vom 13. Septbr. 1743 war festgesetzt worden, daß dem zur zweiten Ehe schreitenden Vater, welcher mit den Kindern rat. maternor. Richtigkeit zu treffen habe, freistehen solle, vor der Ortsobrigkeit, in Gegenwart zweier mütterlichen Verwandten seiner Kinder, das ihnen statt des mütterlichen Erbes gewissenhaft zugelegte Quantum zu declariren, worauf die ausgesagte Summe dem Schuld- und Pfandprotocolle zu inseriren sei. Der zur Wiederverheirathung schreitenden Wittwe war aber eine gleiche Begünstigung versagt, und im § 6 des allegirten Gesetzes ausdrücklich bestimmt, daß dieselbe zuvor mit ihren Kindern rechtliche Theilung zu halten habe. Hierin wurde jedoch durch den § 4 des Reglements vom 19. November 1753 eine Aenderung herbeigeführt. Einmal wurde nämlich die Marschgewohnheit, wornach den zur anderen Ehe schreitenden Müttern sowohl, als den Vätern, das Recht der Ausweisung zusteht, ausdrücklich bestätigt, und somit die dem widersprechende Bestimmung des § 6 der Vormünder-Verordnung beseitigt, dann aber auch verfügt, daß der nachlebende, an seine Kinder abtheilende Ehegatte, allemal ein eidlich zu bekräftigendes Inventarium zu ediren habe, und, auf Grund desselben, die Ausweisung zu reguliren sei.

Wie nun durch die ersterwähnte Bestimmung die Wittwe dem Wittwer gleich gestellt ward, so fiel, in Folge der zweiten Anordnung, die im § 3 der Vormünder-Ordnung gestattete einfache Declaration oder Aussage hinweg, und wurde nunmehr zur Regel, daß der abtheilende Gatte stets über das gesammte bisher gemein-

schaftliche Vermögen ein von ihm eidlich zu bekräftigendes Inventar zu ediren habe.

Im Gebiete des Land- und Marschrechts kömmt daher das Institut der Aussage im eigentlichen Sinne nicht mehr, sondern nur das der Ausweisung und Abtheilung vor, und ist unter Ersterem derjenige Act zu verstehen, mittelst dessen der nachlebende Ehegatte, welcher seine Kinder in Ansehung des väterlichen oder mütterlichen Vermögens, oder ihres Antheils an der Communion abfinden will, oder muß, ihnen auf Grund des von ihm edirten eidlichen Inventars über das Gesammtgut, die ihnen davon gebührende Quote nachweist, oder sich darüber ausweiset *).

Von einer Ausweisung ist daher nur in dem Verhältniß zwischen Eltern und Kindern die Rede, und wird in den Fällen, in welchen als der verstorbenen Ehegatten nächste Erben, Ascendenten oder Collateralen, concurriren, und in Ansehung der Communion abzufinden sind, lediglich der Ausdruck „Abtheilung" gebraucht. — Indem hiermit die Auskehrung des Antheils der Erben des verstorbenen Ehegatten an der gemeinschaftlichen Gütermasse bezeichnet wird, und auch bei der Abfindung der Kinder nach althergebrachter Gewohnheit, jedesmal eine reelle **) Aussonderung des Ausgewiesenen stattfindet, spricht man in diesem Falle von „Ausweisung und Abtheilung."

---

*) Der Ausdruck „ausweisen" scheint freilich in manchen Contracten in der Bedeutung von „auskehren" gebraucht worden zu sein, indem hin und wieder gesagt wird „ausweisen oder abtheilen," auch „abtheilen und ausweisen;" wenn es aber in dem im Anhange mitgetheilten Extracte aus einem Contracte vom Jahre 1738 heißt: „Einhalts-Inventarii weiset aus und theilet ab," so dürfte hier das Wort „ausweisen" ohne Zweifel den im Texte angenommenen Sinn haben.

**) In dem p. 177 der Holst. Anzeigen pro 1859 mitgetheilten Falle aus der Cremper Marsch war die Abfindung der Kinder rat. mat. in gewohnter Weise, mittelst Ausweisung und Abtheilung geschehen. Das Holst. Obergericht war jedoch der Ansicht, daß der Vater zu einer reellen Abtheilung gesetzlich nicht verpflichtet gewesen wäre. Daß eine solche Verpflichtung nicht aus einer speciellen gesetzlichen Bestimmung abzuleiten sei, das ist freilich nicht zu bestreiten; daß aber gewohnheitsrechtlich im

§ 32.
Der dabei zum Grunde zu legende status bonorum, und die Constituirung der Masse.

Es ist ein unbestrittener land- und marschrechtlicher Grundsatz, daß bei der Abfindung der Erben des verstorbenen Ehegatten nicht

---

Gebiete des Land- und Marschrechts für den überlebenden Ehegatten, welcher seine Kinder hinsichtlich ihres Antheils an der fortgesetzten Communion abfinden will, die Verpflichtung zur reellen Abtheilung existirt, ist anderer Seits eben so wenig in Abrede zu stellen, und würde es für den Kläger, wenn die Beklagte nicht durch ihren Verzicht die Führung des vom Oberappellationsgericht erkannten desfälligen Beweises — cf. p. 181 der Holst. Anz. pro 1859 — überflüssig gemacht hätte, die Existenz eines solchen Gewohnheitsrechts zu erweisen, nicht schwer geworden sein. — Aus den im Anhange mitgetheilten Extracten geht auf das Bestimmteste hervor, daß, wie jetzt, so auch bereits im Jahre 1738 — aus welchem der älteste, im Archiv der Cremper Marsch-Landschreiberei befindliche Ausweisungs- und Abtheilungs-Contract datirt — mit der Ausweisung regelmäßig eine reelle Abtheilung verbunden war. — Lauten zwar die Contracte aus den Jahren 1741—1747 etwas anders, als die aus der früheren Zeit, und enthalten jene nur ein Versprechen des abtheilenden Ehegatten zur Auszahlung oder Herausgabe des Ausgewiesenen, während es in den Contracten aus den Jahren 1738 und 1739 heißt: „der überlebende Ehegatte weise aus und theile ab," so wird sich doch nicht behaupten lassen, daß die ersteren Contracte nichts weiter, als ein Schuldbekenntniß, worin ja eben die Aussage besteht, enthalten. Einer solchen Behauptung widerspricht nämlich auf das Entschiedenste schon der Umstand, daß den Vormündern der abgefundenen Pupillen das Recht reservirt wird, das ausgewiesene Capital zu kündigen, nicht minder aber auch die dem abtheilenden Ehegatten obliegende Verpflichtung, das ausgewiesene Capital zu verzinsen, wodurch eine wirkliche Ausscheidung aus dem Vermögen desselben genugsam manifestirt wird. Am deutlichsten tritt Alles dieses hervor, wenn bereits confirmirte Kinder hinsichtlich des väterlichen oder mütterlichen Vermögens abgefunden werden, welchen Falles das ausgewiesene Capital gleich von den nächsten Geldestagen an für die Pupillen unter Zinsen geht, und, wenn es nicht gleich baar ausbezahlt wird, in üblicher Weise sofort gekündigt werden kann. — Wenn die abgefundenen Kinder noch nicht confirmirt sind, dann hat freilich der überlebende Ehegatte regelmäßig den Zinsengenuß, allein, namentlich in den älteren Contracten, wird es vielfach gradezu ausgesprochen, daß dies nur

der status bonorum, wie er zur Zeit des Todes desselben war, sondern wie er zur Zeit der Theilung wirklich ist, zum Grunde zu legen sei,

cf. Falcks Sammlung Bd. III. p. 494,
desgleichen Bd. IV. p. 422 und
S. H. Anz. pro 1846, p. 238,

und muß daher, bevor das abzutheilende Quantum bestimmt wird, und ausgekehrt werden kann, einer Seits festgestellt sein, daß resp. durch die gerichtliche Inventur Alles ermittelt, oder das von dem überlebenden Ehegatten edirte Inventar Alles enthält, was an Activen wirklich vorhanden, und namentlich, ob auch an Ausständen, mögen selbige nun in Forderungen an Dritte, oder die Erben selbst, oder aber in dem von diesen zu Conferirenden *) bestehen,

---

als ein Aequivalent für die Alimentation zu betrachten sei. Und, wenn es auch als das Gewöhnliche zu bezeichnen ist, daß die Vormünder der abgefundenen Pupillen erst nach deren Confirmation das ausgewiesene Capital zu kündigen ermächtigt werden, so kommt doch eine ganze Reihe von Fällen vor, in denen ihnen das Recht eingeräumt wird, schon vor der Confirmation ihrer Pupillen, die Kündigung vorzunehmen. Ebenfalls ist es gar nichts Seltenes, daß den Vormündern, selbst wenn ihre Pupillen noch unconfirmirt sind, das ausgewiesene Capital gleich, oder in den nächsten Geldestagen, baar ausbezahlt wird.

*) Was in dem in den

S. H. Anz. pro 1844, p. 253 ꝛc.

mitgetheilten Falle von der klagenden Parthei behauptet, und in Folge dessen zum Beweise verstellt wurde, es sei Marschgebrauch, daß die Enkel bei der Erbtheilung nach ihren Großeltern sich dasjenige Vermögen kürzen lassen müßten, was ihr Stamm, Vater oder Mutter, unangesehen, ob die Enkel Erben ihrer Eltern geworden, in Form einer Wechselschuld, von den Großeltern empfangen, so muß die Existenz eines solchen Gewohnheitsrechts für das Gebiet des Land- und Marschrechts geläugnet werden, wie denn auch jener Beweis von der betreffenden Parthei nicht geführt worden ist. Dagegen ist es als ein durchstehender Grundsatz im Gebiete des Land- und Marschrechts zu betrachten, daß die durante matrimonio oder während der fortgesetzten Communion einem Kinde aus der gemeinschaftlichen Gütermasse zur Einrichtung eines eigenen Geschäfts oder Haushalts gewährte Beihülfe regelmäßig zu conferiren sei. Ein Gleiches gilt auch von der Aussteuer. Was Schenkungen betrifft, so wird, in

nichts außer Acht gelassen worden ist. Andrerseits ist der Betrag der auf dem Gesammtgute haftenden Passiva zu constatiren, und dabei zu prüfen, ob unter den angegebenen Schulden auch solche befindlich, die der gemeinschaftlichen Masse unbeikommend sind *).

§ 33.

Das abzutheilende Quantum.

Die in vorstehend angegebener Weise ermittelte reine Masse wird, nach Land- und Marschrecht, stets zur Hälfte zwischen dem Ueberlebenden und den Erben des verstorbenen Ehegatten getheilt.

cf. Falcks Sammlung Bd. IV. p. 419.

Daß es, trotz dieses unbestrittenen land- und marschrechtlichen Grundsatzes, im Gebiete dieses Rechts doch vorkommen könne, daß eine Theilung zur Hälfte nicht Platz greift, läßt sich zwar nicht läugnen; allein ein derartiger Fall wird doch jetzt nur dann eintreten können, wenn durch Ehepakten oder letztwillige Verfügung eine anderweitige Bestimmung in jener Hinsicht getroffen worden ist, indem die Ansicht, wornach für die Entscheidung der Frage, wie getheilt werden solle, die Grundsätze des Orts, wo derjenige Ehegatte, dessen Nachlaß auszukehren, verstorben ist, und, hinsichtlich der unbeweglichen Güter, die jura rei sitae maaßgebend sein sollen, die, wie sich aus

---

Ermangelung einer desfälligen gewohnheitsrechtlichen Norm, die Frage wegen deren Conferirung nach römisch-rechtlichen Grundsätzen zu beantworten sein, wie denn auch in sonstiger Hinsicht die Bestimmungen des Römischen Rechts als maaßgebend zu betrachten sind.

*) Wenn Falck

S. H. Privatr. Bd. IV. p. 432, Not. 6

annimmt, daß überall, wo allgemeine Gütergemeinschaft gilt, die Kosten des Begräbnisses eines verstorbenen Ehegatten nicht als Communionsschuld angesehen werde, so kann diese Annahme für das Gebiet des Land- und Marschrechts nicht bestätigt werden. Es wird daselbst vielmehr, ebenso wie in der Grafschaft Ranzau 2c., nach der Verordnung vom 19. Januar 1780 im Falle halbschiedlicher Theilung, und zwar dergestalt verhalten, daß die Begräbnißkosten als Masseschuld betrachtet, und vor der Theilung aus dem Gesammtgut entnommen werden.

Falcks Sammlung Bd. III. p. 501 und
dem daselbst angeführten Erkenntniß des
Kanzlei-Gerichts vom Jahre 1767

ergiebt, in älterer Zeit befolgt worden ist, als antiquirt betrachtet und dagegen als Norm angenommen werden muß, daß die an dem ordentlichen Wohnorte des abtheilenden Ehegatten geltenden Grundsätze in Ansehung der zur gemeinschaftlichen Masse gehörenden Immobilien eben so wohl, als der beweglichen Güter, so weit nicht durch Ehepacten oder letztwillige Verfügung ein anderes bestimmt ist, stets zur Anwendung zu bringen sind.

cf. S. H. Anz. pro 1865, p. 174 u. 175.

§ 34.

Die Abtheilungsacte, der Form und dem Inhalte nach.

Wird über die Abfindung der Erben des verstorbenen Ehegatten eine schriftliche Acte errichtet, was bei der Concurrenz Unmündiger, unter gerichtlicher Mitwirkung, allemal geschieht, so wird dazu, herkömmlich, die Form eines Contracts gewählt. Was den Inhalt dieses Contracts betrifft, so ist derselbe, je nachdem die Erben des verstorbenen Ehegatten alle mündig sind oder nicht, und unter den unmündigen solche sich befinden, welche noch nicht confirmirt sind, verschieden. Da in dem Falle der Concurrenz von lauter mündigen Erben der Abtheilungs-Contract wesentlich nur die Constatirung und die Sicherung des Abtheilungs-Quantums, Feststellung des Zinsfußes, der Kündigungsfrist, s. w. d. a. nebst der Liberirung der Abgefundenen von den auf der Masse haftenden Schulden, einer Seits, und andrer Seits die Sicherstellung des abtheilenden Ehegatten gegen fernere Ansprüche der Erben des conjux praedefunctus, so wie die Uebertragung der zum bisherigen gemeinschaftlichen Vermögen gehörenden beweglichen und unbeweglichen Güter rc. auf denselben zu seinem nunmehr alleinigen Eigenthume bezweckt, so enthält der Contract solchen Falles auch nur hierauf abzielende Anführungen, Bestimmungen und Erklärungen.

Sind dagegen die Erben des verstorbenen Ehegatten unmündig, so kommen zu dem vorbemerkten, durch die Concurrenz der

Vormünder modificirten Inhalte noch mehrere Bestimmungen hinzu. Es ist nämlich gebräuchlich, daß der abtheilende parens sich anheischig macht, außer der Ausweisungssumme den unconfirmirten Kindern zur Zeit ihrer Confirmation eine s. g. Ehrenkleidung, und einen, in einem Koffer oder Lade 2c. bestehenden schloßfesten Behälter, unter Umständen auch wohl ein Bett mit Zubehör, resp. zur Zeit der Mündigkeit oder der Verheirathung zu gewähren, zugleich aber sich verpflichtet, nicht nur den Kindern eine ordentliche Erziehung und Behandlung zu Theil werden zu lassen, in dessen Entstehung er die Vormünder ermächtigt, ihre Pupillen von ihm wegzunehmen, und auf seine Kosten anderswo unterzubringen und erziehen zu lassen, sondern auch sie während der Zeit bis zur Confirmation, oder der s. g. Führungsjahre, mit Allem, was zum Leben erforderlich, unentgeltlich zu versehen, und ihnen in gleicher Weise, bei etwanigen Krankheitsfällen, die nöthige Wartung und Pflege angedeihen zu lassen, so wie die Kosten der Medicamente, nebst dem ärztlichen Honorar, aus seinen Mitteln zu bezahlen. Zwar ist der abtheilende Ehegatte zur Alimentation der Kinder ohnehin gesetzlich — [§ 14 der allgemeinen Armenordnung vom 29. December 1841 *)] verpflichtet, die Aufnahme dieser Verpflichtung in den Abtheilungs-Contract, ist jedoch dessen ungeachtet und zwar insofern von practischer Bedeutung, als sie mit den sonstigen Ausweisungs-Prästanden, wenn zu dem bisher gemeinschaftlichen Gute ein dem abtheilenden parens verbleibendes Immobile gehört, auf dem Folio desselben protocollirt zu werden pflegt, und sich auf solche Weise ihr sonst nur persönlicher Character in einen dinglichen verwandelt.

Außer der Alimentation während der Zeit bis zur Confirmation pflegt der abtheilende parens auch noch die Verbindlichkeit

---

*) Daß die Alimentationspflicht sich in älterer Zeit im Gebiete des Land- und Marschrechts weiter, als auf Ascendenten und Descendenten, und zwar bis auf Seitenverwandte im dritten Grade erstreckt habe, wird von dem Verfasser der in Falcks Sammlung Bd. I. p. 88 2c. mitgetheilten Abhandlung, unter Berufung auf ein Erkenntniß des Wilsterschen Loddings vom 10. November 1669, behauptet.

zu übernehmen, die Kinder nach der Confirmation, und bis zur Mündigkeit hin in vorkommenden Krankheitsfällen unentgeltlich zu warten und zu verpflegen, und, sofern die Erkrankung außerhalb des elterlichen Hauses erfolgt, sie zu dem Behufe wieder bei sich aufzunehmen. Auch diese Verpflichtung wird, gleich der Alimentationspflicht, durch die Protocollation auf dem Folio des betreffenden Grundstücks, eine reale.

Der Ausweisungs- und Abtheilungs-Contract wird, zur Sicherheit für die Pupillen, den Vormündern derselben überantwortet. Hinsichtlich der ausgewiesenen Summe wird, insoweit sie nicht gleich, oder in den nächsten Geldestagen*) ausbezahlt wird, sondern in dem in Folge der Abtheilung in das alleinige Eigenthum des überlebenden parens übergegangene Gewese stehen bleibt, beiden Theilen das Recht halbjährlicher Kündigung resp. in den

*) Zur Nachricht für die den hiesigen Verhältnissen ferner Stehenden bemerke ich, daß es im Amte Steinburg und den angrenzenden Gutsdistricten, auch in solchen, wo das Land- und Marschrecht nicht gilt, in der Grafschaft Ranzau — (cf. S. H. Anz. pro 1863, p. 354) und den benachbarten Städten, zwei feststehende Termine für die Erledigung der Geldgeschäfte giebt, nämlich die Pfingst- und Martini-Geldestage, von denen erstere am Mittwoch nach Pfingsten, letztere am Mittwoch nach Martini, ihren Anfang nehmen. Diese, wie jene, dauern 14 Tage, und werden an einigen Stellen der Donnerstag, Freitag und Sonnabend der dritten Woche als s. g. Respit-Tage betrachtet. Je nachdem Geldpöste in dem einen oder anderen Termine belegt werden, heißen sie Pfingst- oder Martini-Capitalien, und gilt es hinsichtlich der Kündigung als Regel, daß selbige bei Pfingstcapitalien halbjährlich in den Martinigeldestagen, und bei Martinicapitalien halbjährlich in den Pfingstgeldestagen vorzunehmen sei. Bis zum Jahre 1599 wurden diese Geldestage im Amte Steinburg resp. nach Ostern und Michaelis abgehalten. Unterm 15. Februar 1598 wurde jedoch auf Ansuchen der Eingesessenen der Cremper- und Wilster-Marsch die Verlegung derselben in die Zeit nach Pfingsten und Martini allerhöchst genehmigt. (C. C. H. I. p. 339 und 340.) Uebrigens ist in der allegirten Verordnung nur von Einem Geldestage, resp. nach Pfingsten und Martini, die Rede; die Erweiterung dieser Termine in der vorstehend angegebenen Weise beruht lediglich auf Herkommen.

Pfingst- oder Martini-Geldestagen reservirt, und können die Vormünder daher, sobald sie es in dem Interesse ihrer Pupillen für geboten oder demselben entsprechend erachten, von dem ihnen eingeräumten Kündigungsrechte Gebrauch machend, das ausgewiesene Capital sich auszahlen lassen und es auf solche Weise aus dem Gewese des parens superstes herausziehen.

In der Regel lassen sie zwar, bei genügender Sicherheit, die Ausweisungssumme unaufgekündigt stehen, allein das ihnen eingeräumte Recht der Kündigung ist entscheidend und kennzeichnet schon die Abtheilung als eine reelle.

C. Die Rechte der Eltern an dem Sondergut der Kinder.

§ 21.

Vorbemerkung.

Bisher hat bekanntlich die Doctrin die verschiedenen Arten des heut zu Tage vorkommenden Sonderguts der Kinder auf die Begriffe der römisch rechtlichen Peculien zurückzuführen gesucht und die darüber geltenden Bestimmungen jenes Rechts auf das deutschrechtliche Sondergut der Kinder angewandt *). Auch Falck geht in der im

Bd. V seines Schl. Holst. Privatrechts

§ 88, pag. 12 u. sqq.

enthaltenen Darstellung der in Ansehung des Vermögens der Kinder bei uns geltenden Grundsätze, in dieser Weise zu Werke.

Solches dürfte jedoch seine großen Bedenken haben, und zu Mißdeutungen und falschen Vorstellungen führen können. Denn, wenn z. B. Falck diejenigen Zuwendungen, welche resp. den Söhnen behufs Begründung eines eigenen Geschäfts, und zu ihrer

---

*) Von einigen, vornehmlich älteren Rechtslehrern, wird die Anwendbarkeit der Römischen Grundsätze vom peculium in Deutschland allerdings bestritten. Zu den neueren Rechtslehrern, welche dieser Ansicht beipflichten, gehört besonders Kraut, die Vormundschaft II. S. 640 und 41.

häuslichen Einrichtung, und den Töchtern bei ihrer Verheirathung zu ihrer Ausstattung, aus dem elterlichen Vermögen zu Theil werden, ausnahmslos und ohne jegliche Einschränkung, als peculium profectitium bezeichnet, so muß dadurch, weil eben nach den Begriffen des römischen Rechts dieses peculium nur die vom Vater herrührenden Vermögensstücke befaßte, die irrige Vorstellung hervorgerufen werden, als wenn derartige Zuwendungen allemal aus einem Separatvermögen des Vaters flössen, während doch von einem solchen überall da, wo allgemeine eheliche Gütergemeinschaft stattfindet, weder während der Dauer der Ehe, noch während der Fortsetzung der Communion nach Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau die Rede sein, und jene Voraussetzung also dort nur in dem Ausnahmsfalle, wenn der Vater, als überlebender Ehegatte, nach Abfindung der Kinder rat. maternorum einem derselben aus seinem nunmehrigen Propergute etwas zuwendet, eintreten kann. Dann aber würde man auch, indem man die dem Sohne gewährte älterliche Beihülfe und die Aussteuer der Tochter, als peculium profectitium bezeichnet, weil ja der Vater an der Substanz desselben nach römischen Rechte das Eigenthum behält, zu dem Glauben verleiten, daß jene Zuwendungen stets Eigenthum des Vaters verbleiben, was jedoch bekanntlich nicht der Fall ist.

Nicht minder giebt es eine unrichtige Vorstellung von der Sache, wenn man mit Falck

l. c. p. 17

dasjenige Vermögen, welches der Vater, als conjux superstes, bei Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft, an die Kinder zu ihrer Abfindung ausweist und abtheilt, als bona materna bezeichnet, und zu den Adventitien rechnet. — Denn in denjenigen Rechtsgebieten, in welchen allgemeine eheliche Gütergemeinschaft die Regel bildet, giebt es keine bona materna im Sinne des römischen Rechts, und repräsentirt das den Kindern im angegebenen Falle Ausgewiesene die denselben als Theilnehmern an der Communion zukommende Hälfte des Gesammtguts, worin regelmäßig nicht bloß das mütterliche Vermögen, sondern auch der Antheil an dem Zuwachs des Gesammtguts durch die überschießenden Revenüen

desselben, so wie durch die dem überlebenden parens zugefallenen Erbschaften mit enthalten ist.

Wenn man indessen das vom Vater Abgetheilte einmal als bona materna bezeichnen und zu den peculium adventitium zählen will, so müßte man, consequenter Weise, auch das von der Mutter, als parens superstes den Kindern zu ihrer Abfindung Ausgewiesene, als bona paterna, bezeichnen und zum peculium profectitium rechnen. Indem man nun aber dieses, wie Falck l. c. unterläßt, giebt man der Vorstellung Raum, als wenn allgemein in Ansehung des einen und des anderen Sonderguts dieser Art, Verschiedenheiten, namentlich auch in Betreff der elterlichen Nutzungsrechte daran beständen, während doch die Wittwe nur für den Fall der Wiederverheirathung, nach dem § 6 der Großfürstlichen und dem § 7 der gemeinschaftlichen Vormünder-Verordnung, den Nießbrauch an dem den Kindern ausgewiesenen Vermögen verliert, nicht aber, wenn sie, ohne zur zweiten Ehe schreiten zu wollen, freiwillig abtheilt, und die für den ehemals Königlichen Antheil des Herzogthums Holstein erlassene Vormünder-Ordnung überall keine solche Bestimmung enthält, als die zuerst genannten beiden Gesetze, das Land- und Marschrecht aber den Vater und die Mutter in jener Beziehung völlig gleichstellt *),

cf. § 36 infra.

Es dürfte daher den Vorzug verdienen, unter thunlichster Vermeidung der erwähnten, aus dem römischen Rechte entlehnten Ausdrücke, einfach nur von dem Sondergute der Kinder zu reden, was denn auch im Nachstehenden geschehen wird.

§ 36.

Das im Gebiete des Land- und Marschrechts vorkommende Sondergut der Kinder.

Daß nach Land- und Marschrecht auch das Hauskind, seiner Abhängigkeit vom Vater unerachtet, Subject eigenen Vermögens

---

*) Auch hierdurch unterscheidet sich, wie schon von Kraut Vormundschaft II. p. 623, Not. 9 bemerkt worden ist, das deutsche Nießbrauchsrecht von dem römisch rechtlichen.

werden könne, ist eben so unzweifelhaft, als es unbestritten ist, daß dieser Grundsatz in weitester Ausdehnung Anwendung finde, so daß im Allgemeinen Alles, was die Kinder, sei es, auf welche Weise, und zu welcher Zeit es wolle, erwerben, in ihr Sondereigenthum übergeht.

Von dem ausgewiesenen Vermögen, der erheblichsten Art des Sonderguts der Kinder, versteht sich dies, da ja die Ausweisung eben die Absonderung der Kinder von der bisher gemeinschaftlichen Gütermasse zum Zweck, und die Aufhebung der Communion zur Folge hat, ganz von selbst, und gilt dies nicht minder von solchen Erwerbungen, die nach Aufhebung der Gütergemeinschaft erfolgen *).

Was das während des Bestehens der Communion Erworbene betrifft, so ist darüber schon oben im § 23 bei Gelegenheit der Erörterung der Frage, was die Theilnehmer an der Communion in diese einzubringen verpflichtet, Verschiedenes angeführt worden. Indem ich darauf Bezug nehme, beschränke ich mich hier auf folgende Bemerkungen:

Die §§ 2 und 3 der für den ehemals königlichen Antheil erlassenen, und die §§ 3 und 6 der gemeinschaftlichen Vormünder-Verordnung enthalten zwar eine Anerkennung des land- und marschrechtlichen Grundsatzes, daß die den Kindern während der fortgesetzten Gütergemeinschaft zufallenden Erbschaften in ihr Sondereigenthum übergehen, auch enthält der § 6 der letztgedachten Vormünder-Verordnung eine gleiche Bestimmung in Betreff dessen, was den Kindern, während sie mit der Mutter die Communion fortsetzen, von väterlichen Anverwandten geschenkt wird; dahingegen schweigen sie gänzlich darüber, wie es in der angegebenen

*) Der § 3 der gemeinschaftlichen Vormünder-Verordnung vom 28. September 1767 macht dem Vater zur Pflicht, wenn seinen Kindern, nach der Abtheilung, eine Erbschaft zufällt, hiervon, bei Vermeidung einer Brüche von 50 ℔ innerhalb 6 Wochen von dem Zeitpunkte an, wo er Wissenschaft davon erlangt, sowohl seiner Obrigkeit, als den Vormündern der Kinder, Anzeige zu machen, und ihnen die Erhebung und Verwaltung, freilich unter seiner Mitaufsicht, zu überlassen. Die übrigen Vormünder-Verordnungen enthalten keine ähnliche Bestimmung.

Hinsicht mit demjenigen zu verhalten sei, was bei Lebzeiten beider Eltern den Kindern von väterlichen oder mütterlichen Verwandten, oder fremden Personen, vermacht oder geschenkt wird.

Bei dieser Unvollständigkeit der allegirten Gesetze

cf. Falck, S. H. Privatrecht, Bd. V. p. 19
und dessen Staatsbürgerl. Magazin
Bd. IX. p. 241

fällt das Publicandum vom 30. Juli 1778,

chronol. Samml. d. Verordnungen, p. 42

um so mehr ins Gewicht, als durch dasselbe, wenn auch nur indirect, der land- und marschrechtliche Grundsatz, daß die „bona adventia" der Kinder als deren Sondergut zu betrachten sei, bestätigt wird.

Dabei kömmt freilich sehr wesentlich in Betracht, wie die Worte „bona adventitia" zu verstehen sind. Hält man sie nämlich für gleichbedeutend mit dem römischrechtlichen peculium adventitium und befaßt man unter letzterem Alles, was nicht resp. zum peculium profectitium und zum peculium castrense oder quasi castrense gehört, so ist durch das erwähnte Publicandum, da, wie vorhin schon bemerkt, im Gebiete des Land- und Marschrechts der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft wegen, regelmäßig kein peculium profectitium vorkommen kann, und da ferner, wenn dem peculio castrensi und quasi castrensi bei uns noch irgend welche practische Bedeutung beizulegen, dem Sohne an den zu diesen Peculien gehörenden Sachen die Proprietät zustehen würde, die Sondergut-Qualität der Erwerbungen der Kinder im weitesten Umfange anerkannt, und damit zugleich sanctionirt, daß Alles, was ihnen, sei es bei Lebzeiten beider Eltern, oder während der communio prorogata aus der gemeinschaftlichen Gütermasse, ohne Reservation, zu irgend einem Zwecke zugewandt, oder ihnen durch Testament oder ab intestato, oder durch Schenkung, sei es von väterlichen oder mütterlichen Verwandten, oder dritten Personen, zufällt, oder durch eigene Thätigkeit, wenigstens von dem Zeitpunkte an, da sie einen eigenen Stand ergreifen, von ihnen erworben wird, als ihr Sondergut anzusehen sei.

Nimmt man dagegen mit

Falck l. c. p. 18, Not. 37

an, daß das allegirte Publicandum lediglich eine authentische Interpretation des § 2 der für den ehemals Königl. Antheil des Herzogthums Holstein erlassenen Vormünder-Ordnung vom 13. September 1743 enthalte, und folglich nur die s. g. bona materni generis betreffe, so würde darin nur eine Anerkennung der Bestimmung gefunden werden können, daß dasjenige Vermögen, welches den Kindern nach dem Tode der Mutter während der Communion anstirbt, oder geschenkt wird, in ihr Sondereigenthum übergehe.

Zwar wird jene Ansicht nur mit Bezug auf den elterlichen Nießbrauch, worüber das Publicandum speciell verfügt, und wovon später die Rede sein wird, von Falck aufgestellt, allein auch hierbei kommt es wesentlich in Betracht, ob unter den in dem Publicandum vorkommenden Worten „bona adventitia" Alles, was unter den Begriff des peculi adventitii fällt, oder nur eine gewisse Classe von Gütern, und speciell nur die s. g. bona materni generis zu befassen seien.

Wenn nun Falck sich für seine Ansicht auf die Entstehungsgeschichte des betreffenden Erlasses, wie solche im

IV. Bande der Sammlung der wichtigsten Abhandlungen aus den S. H. Anzeigen pag. 13 u. sqq.

mitgetheilt wird, beruft, so wird allerdings zugegeben werden müssen, daß in den dort angeführten streitigen Fällen, die zur Emanirung jener Verfügung Veranlassung gaben, es sich darum handelte, ob die den Kindern nach dem Tode der Mutter von mütterlichen Verwandten zugefallenen Erbschaften in die Communion fielen und dem Vater der Nießbrauch daran zustehe oder nicht; allein darum ist man doch noch nicht berechtigt, die Ausdrücke „bona adventitia" in der beschränkenden Weise zu interpretiren, als Falck thut, der übrigens, wenn er die Entstehungsgeschichte der gedachten Verfügung als für deren Auslegung unbedingt maaßgebend ansieht, noch zu weit geht, indem er unter „bona adventitia" die „bona materni generis" ohne Unterschied begreift, während doch stricte nur die Erbschaften nach mütterlichen

Verwandten, also namentlich nicht die von solchen Verwandten herrührenden Schenkungen, von denen in den l. c. mitgetheilten Rechtsfällen nicht die Rede ist, darunter zu befassen wären. So wenig nun aber die Verfügung derartige Schenkungen hat ausschließen wollen, ebensowenig hat es in der Absicht derselben liegen können, die nach dem Tode des Vaters nach väterlichen Anverwandten den Kindern zugefallenen Erbschaften und von solchen ihnen gemachte Schenkungen auszuschließen, da sie dann der Mutter, die doch in den Vormünder-Verordnungen

cf. § 6 der für den ehemals Königl. Antheil erlassenen

und

die § 6 und 7 der gemeinschaftlichen

gegen den Vater zurückgesetzt wird, vor letzterem einen Vorzug eingeräumt haben würde.

Wenn also jedenfalls auch die von väterlichen Anverwandten herrührenden Erbschaften und Schenkungen, als unter den in dem Publicandum vom 30. Juli 1778 erwähnten bonis adventitiis mitbefaßt zu erachten sind, und, wenn ferner, wie sich später näher ergeben wird, selbst nicht die s. g. bona materna für unbedingt ausgeschlossen angesehen werden können, dürfte nichts im Wege stehen, der Bezeichnung bona adventitia die Bedeutung beizulegen, die sie nach römischen Rechte hat, woraus für unsere Untersuchung resultiren würde, daß alle Erwerbungen der Kinder, die nicht ausschließlich aus dem Vermögen des Vaters stammen, regelmäßig als ihr Sondergut zu betrachten sind, — ein Grundsatz, der denn auch mit der schon angedeuteten alleinigen Modification, daß dasjenige, was die Kinder während der s. g. Föhdungszeit durch eigene Thätigkeit erwerben, wenn der Vater resp. die Mutter, es verlangen, in die Communion fällt, im Gebiete des Land- und Marschrechts seine unbestrittene Geltung hat.

§ 37.

Die Grundsätze des Land- und Marschrechts über die Rechte der Eltern in Bezug auf das Sondergut der Kinder.

Der Unterschied, der bezüglich des elterlichen Rechts der Verwaltung des Sonderguts der Kinder und des Nießbrauchs an

demselben zwischen den Grundsätzen des Land- und Marschrechts und den in den übrigen Rechtsgebieten geltenden Statt findet, ist ein sehr wesentlicher. Denn während es nach dem letzteren als Regel zu betrachten ist, daß das Sondergut der Kinder von dem Vater resp. nach dessen Tode von der Mutter wenigstens bis zu deren Wiederverheirathung (§ 6 und 7 der gemeinschaftlichen Vormünder-Verordnung) verwaltet wird, und ihnen, der Mutter, bis zu dem eben genannten Zeitpunkt, dem Vater bis zur Mündigkeit der Kinder,

cf. Falck S. H. Privatr. Bd. V. p. 28. Not. 62.

der Nießbrauch an dem Sondergut zusteht, gilt dieses Verhältniß in Bezug auf das Gebiet des Land- und Marschrechts als Ausnahme und mithin daselbst als Regel, daß das Recht der Verwaltung des Sonderguts der Kinder und des Nießbrauchs an selbigem, dem Vater, resp. der Mutter, nicht zustehe.

Dieser auf Gewohnheit beruhende Grundsatz wird, in Ansehung des Nießbrauchs des Vaters, durch das im vorhergehenden Paragraphen angezogene Publicandum vom 30. Juli 1778, welches also lautet:

„Da es in den Wilster- und Cremper-Marschen eine hergebrachte Gewohnheit ist, daß von den bonis adventitiis der Kinder ihnen, und nicht dem Vater, der Nießbrauch beikomme, auch, derselben gemäß, von dem hiesigen Oberamtsgericht bereits verschiedentlich erkannt worden, so wird von dem Königl. Dänemarkischen zur Holsteinischen Landesregierung allerhöchst verordneten Statthalter, Canzler, Vicecanzler und Räthen, zur Vermeidung künftiger Streitigkeiten und zur Gewißheit des Rechts in diesem Stücke, diese geltende Gewohnheit hiedurch nochmals bestätigt und öffentlich bekannt gemacht."

ausdrücklich bestätigt.

Zwar erblickt Falck, wie schon erwähnt, in dieser Verfügung nur eine authentische Interpretation des § 2 der Vormünder-Verordnung vom 13. September 1743 und meint, daß sie sich nicht auf die s. g. bona materna, d. h. das zur Abfindung der Kinder, als Erben ihrer Mutter, an dieselben ausgewiesene und abgetheilte Vermögen beziehe. Wie jedoch in dem Publicandum,

welches lediglich jenes althergebrachte Gewohnheitsrecht in der Cremper- und Wilster-Marsch bestätigt und auf den § 2 der allegirten Vormünder-Ordnung gar keinen Bezug nimmt, eine authentische Interpretation derselben gefunden werden kann, ist um so weniger ersichtlich, als dasselbe sich als eine solche Interpretation überall nicht kund giebt, und es derselben, da nach dem in

Falcks Sammlungen Bd. IV. p. 13 2c.

Mitgetheilten, es schon vor Erlassung der gedachten Vormünderordnung in der Cremper- und Wilster-Marsch Rechtens war, daß dem Vater an den während der fortgesetzten Communion von mütterlichen Verwandten zugefallenen Erbschaften das Recht des Nießbrauchs nicht zustehe, und nach einer bekannten Interpretationsregel dieses specielle Gewohnheitsrecht nicht durch die entgegenstehende Bestimmung des später erlassenen allgemeinen Gesetzes — des § 2 der Vormünder-Ordnung vom 13. September 1743 — aufgehoben werden konnte, gar nicht bedurfte.

Sollte das mehrerwähnte Publicandum aber auch wirklich als eine authentische Interpretation des § 2 der Vormünder-Ordnung vom 13. September 1743 angesehen werden können, so würde doch die Auffassung, als ob durch selbige das den Kindern zustehende Recht des Nießbrauchs auf die s. g. bona materni generis, oder die von mütterlichen Verwandten herrührenden Erbschaften und Schenkungen beschränkt worden sei, sich nicht rechtfertigen.

Denn, wenn es sich auch in den in

Falcks Sammlung l. c.

mitgetheilten 3 Fällen, resp. aus der Cremper- und der Wilster-Marsch, zunächst nur um den Nießbrauch an demjenigen handelte, was die Kinder von den Großeltern mütterlicher Seits geerbt hatten, so betraf doch der Beweis, auf den das Oberamtsgericht in Sachen des Eingesessenen Johann Mohr in Süderau gegen die Vormünder seiner Kinder unterm 29. Juli 1741 erkannte, nicht die Frage, ob dem Vater der Nießbrauch an den s. g. bonis materni generis, sondern an den „bonis adventitiis“ zustehe, oder nicht, und heißt es denn auch l. c. p. 15, nachdem angeführt worden, daß das Amtsgericht am 1. Juni 1747

erkannt, daß der von den Vormündern der Mohrschen Kinder angetretene Beweis für zur Nothdurft geführt, zu erachten sei, also: „Nach dieser Urtel war es also nunmehr ausgemacht, daß in der Cremper-Marsch, nach einer daselbst geltenden rechtsbeständigen Gewohnheit, dem Vater der Nießbrauch von den „bonis adventitiis" seiner Kinder nicht beikomme. Eben daselbst wird ferner in Bezug auf den durch Erkenntniß des Oberamtsgerichts vom 29. August 1748 entschiedenen Fall aus der Wilster-Marsch referirt, daß die Vormünder sich auf eine in dieser Marsch obwaltende rechtsgültige Observanz, wornach dem Vater der Nießbrauch von den „bonis adventitiis" seiner Kinder nicht gebühre, berufen hätten, und daß die in Veranlassung dieser Sache, auf oberlichen Befehl, von den Hauptleuten vernommenen Eingesessenen beider Marschen einmüthig die Richtigkeit dieser Observanz zum Besten der Kinder behauptet hätten. Wie hier, so ist endlich auch in dem Publicandum selbst, ganz allgemein von den „bonis adventitiis" der Kinder die Rede.

Ist man hiernach nun zwar nicht befugt, die „bona materna," die unzweifelhaft mit unter die bona adventitia im Sinne des römischen Rechts zu befassen sind, von vornherein und unbedingt auszuschließen, so wird doch im Sinne des Land- und Marschrechts eine gewisse Einschränkung zu statuiren sein, und führt uns dies auf die Besprechung eines in neuester Zeit in den höchsten Instanzen zur Entscheidung gelangten Falles aus der Cremper Marsch, worin zur Frage stand, ob und wie weit dem Vater an dem zur Abfindung seiner Kinder in Ansehung des Mütterlichen ausgewiesenen und abgetheilten Vermögens, der Nießbrauch zustehe.

Derselbe ist in den

Holst. Anz. pro 1859 p. 177 u. ꝛc. und
pro 1861 p. 229 u. 230,

mitgetheilt, und war das thatsächliche Verhältniß, so weit es hier in Betracht kommt, folgendes:

Zwischen den Partheien war ein Eheverlöbniß eingegangen, und hatte der Kläger in solcher Veranlassung, mit den gerichtlich bestellten Vormündern seiner unmündigen Kinder erster Ehe, in

hergebrachter Weise, einen Ausweisungs- und Abtheilungs-Contract errichtet, worin, außer Anderem, bestimmt worden war, daß die den Pupillen zu ihrer Abfindung in Ansehung des mütterlichen Vermögens ausgesetzten, und unter Vorbehalt beiden Theilen freistehender halbjährlichen Kündigung im Gewese des Vaters radicirten 20,000 ℔ Cour. mit 3 pro Cent pro anno, und zwar für die bereits confirmirten Kinder, von den nächstfolgenden Geldestagen, für die unconfirmirte Tochter von den ersten Geldestagen nach ihrer Confirmation, zu verzinsen seien.

Als nun die Beklagte später von dem, dem Kläger gegebenen Eheversprechen zurück trat, erhob letzterer auf Grund der Verordnung vom 14. April 1856, Anspruch nicht nur auf Ersatz der durch die Abtheilungsacte veranlaßten Kosten, was hier nicht weiter in Betracht kommt, sondern auch auf Erstattung der jährlich von ihm an seine Kinder zu bezahlenden Zinsen. Da die Beklagte jedoch, diesem Verlangen zu entsprechen sich weigerte, so kam die Sache zur gerichtlichen Erörterung, und nachdem das Breitenburger Justitariat in erster Instanz ein Erkenntniß abgegeben hatte, in Folge eingewandten Rechtsmittels der Provocation zunächst vor das Holsteinische Obergericht. Dasselbe wieß den Kläger mit dem erhobenen Anspruch auf Erstattung der erwähnten Zinsen ab, indem es in den Entscheidungsgründen anführte, daß eine gesetzliche Verpflichtung des Klägers zur Zahlung dieser Zinsen an seine Kinder durch die Eingehung einer zweiten Ehe nicht begründet werde, da der § 3 der Vormünder-Verordnung vom 13. September 1743 nur vorschreibe, daß der Vater in solchem Falle mit den Kindern „nach jeden Orts Rechten" zuvörderst Richtigkeit treffen solle, und der § 4 des Reglements vom 19. November 1753 die bisherige Marschgewohnheit, nach welcher den zur anderen Ehe schreitenden Müttern sowohl, als den Vätern, das Recht der Ausweisung — im Gegensatz zur Abtheilung — zustehe, ausdrücklich bestätige — womit auch die Bestimmung des Publicandums vom 30. Juli 1778, daß in den Cremper- und Wilster-Marschen von den bonis adventitiis der Kinder, ihnen, und nicht dem Vater, der Nießbrauch beikomme, nicht in Widerspruch stehe, da aus der Entstehung dieser Verfügung her-

vorgebe, daß sie lediglich eine authentische Interpretation des § 2 der Vormünder-Verordnung enthalte, folglich nur die bona materni generis betreffen solle, ein Gewohnheitsrecht aber, wie solches vom Kläger behauptet, wornach das an die Kinder ausgewiesene Vermögen von den ersten Geldestagen nach der Confirmation zu verzinsen sei, nicht weiter in Betracht kommen könne, da dieselbe, abgesehen davon, daß an den Zeitpunkt der Confirmation gesetzlich keine Folgen für die Vermögensverhältnisse der Kinder geknüpft seien, voraussetze, daß nicht bloß eine Aussage, sondern eine reelle Abtheilung beschafft sei, wozu aber der Vater eben nicht gesetzlich verpflichtet sei, weshalb denn auch die reelle Abtheilung der Kinder des Klägers ein Act der Liberalität des Letzteren sei, wofür er einen Ersatz von den Beklagten nicht beanspruchen könne.

Das Oberappellationsgericht, an welches die Sache in Folge des vom Kläger eingewandten Rechtsmittels der Appellation darauf gelangte, trat zwar insoweit der Ansicht des Obergerichts bei, daß für den Kläger eine gesetzliche Verbindlichkeit nicht bestehe, seinen Kindern von der Zeit ihrer Confirmation an bis zur Mündigkeit derselben, Zinsen vom mütterlichen Vermögen zu zahlen, ebensowenig, als eine Auseinandersetzung in der Form, wie sie geschehen, vorzunehmen, änderte jedoch das obergerichtliche Erkenntniß dahin ab, daß es dem Kläger, außer dem hier nicht weiter in Betracht kommenden Beweise, daß er nach einer in der Cremper-Marsch althergebrachten Gewohnheit, verpflichtet gewesen sei, die Ausweisung in der Form, wie sie geschehen, vorzunehmen, oder, daß die für die betreffende Acte bezahlten Kosten, oder, wie viel weniger, für die Errichtung einer Aussageacte von ihm hätten verausgabt werden müssen, den Beweis frei ließ, daß der zur zweiten Ehe schreitende Vater nach einer in der Cremper Marsch althergebrachten Gewohnheit, verpflichtet sei, das ausgewiesene mütterliche Vermögen den Kindern von ihrer Confirmation an, oder den ersten Geldestagen nach der Confirmation, zu verzinsen.

Dieser Beweis wurde vom Kläger durch verschiedene Atteſtate der Landschreiberei der Cremper-Marsch, denen Extracte aus den

Schuld= und Pfandprotocollen und den bezüglichen Ausweisungs=Contracten beigefügt waren, welchen zufolge es seit mehr als 120 Jahren in der Cremper Marsch üblich gewesen, die ausgewiesenen Capitalien nach der Confirmation, oder der Beendigung der s. g. Föhdezeit, zu verzinsen, so wie durch die Zeugnisse mehrerer, auf seine Veranlassung über jene Gewohnheit vernommenen Marsch=Eingesessenen erbracht, und vom Obergericht, als wie Rechtens geführt, erkannt.

Auf solche Weise ist nun zwar zunächst nur für die Cremper Marsch die Existenz des Gewohnheitsrechts, wornach den Kindern der Zinsengenuß vom ausgewiesenen mütterlichen Vermögen nach der Confirmation zustehe, und die Revenüen solchen Vermögens dem Vater nur während der s. g. Föhdezeit und zwar als Aquivalent für die Erziehungs= und Alimentations=kosten zufließen, festgestellt. Wie dieses aber auch von dem von der Mutter zur Abfindung der Kinder ratione paternorum ausgewiesenen Vermögen ganz unbestritten gilt, so findet der Grundsatz, daß die Kinder nach der Confirmation von dem an sie ausgewiesenen, sowohl **väterlichen**, als mütterlichen Vermögen den Nießbrauch haben, ebenfalls in den übrigen Districten, wo das Land= und Marschrecht gilt, seine unbezweifelte Anwendung, und darf derselbe daher auch mit vollem Fug als ein land= und marschrechtlicher bezeichnet werden. Auf solche Weise rechtfertigt sich denn auch die oben aufgestellte Behauptung, daß man den den Kindern an den Adventitien im Gebiete des Land= und Marschrechts zustehenden Nießbrauch nicht auf die s. g. bona materni generis beschränken dürfe, sondern unter angegebener Limitation, auch die s. g. bona materna mit einschließen müsse.

Noch ein Punct ist hier zu berühren, die Frage nämlich, ob in Ansehung des Nießbrauchs an dem durch Vermächtniß oder Schenkung den Kindern bei Lebzeiten beider Eltern zugefallenen Vermögen dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen, als hinsichtlich desjenigen, was sie nach dem Tode von Vater, oder der Mutter, während der fortgesetzten Communion von väter=

lichen und mütterlichen Verwandten, oder Dritten erben, oder geschenkt erhalten.

Die Vormünder-Verordnungen, die für den ehemals Königlichen Antheil erlassene vom 13. September 1743 sowohl, als die gemeinschaftliche, haben zwar nur den zuletzt erwähnten Fall vor Augen, allein, wie im Publicandum vom 30. Juli 1778 in jener Hinsicht kein Unterschied gemacht wird, so hat man von jeher, auch in der Praxis, zwischen dem bei Lebzeiten beider Eltern, also während der ehelichen Gütergemeinschaft und dem während der fortgesetzten Communion von den Kindern ererbten, oder ihnen geschenkten Vermögen, keinen Unterschied gemacht. Es dürfte zu einer solchen Unterscheidung auch kein rechtlicher Grund vorliegen; denn wenn der Vater, dessen rechtliche Stellung zu dem gemeinschaftlichen Vermögen während der fortgesetzten Communion im Allgemeinen dieselbe ist, als während des Bestehens der Ehe, an dem nach Aufhebung der Ehe durch den Tod der Frau von den Kindern in der angegebenen Weise erworbenen Vermögen den Nießbrauch nicht hat, so kann derselbe durch das noch am Leben sein der Frau, die an seinen Verwaltungs- und Dispositionsbefugnissen rechtlich nicht participirt, ersichtlich nicht mehr Rechte erlangen.

Was schließlich die Verwaltung der Adventitien der Kinder betrifft, so haben die Bestimmungen der Vormünder-Verordnungen, wornach die Administrirung des den Kindern durch Erbschaft oder Schenkung zugefallenen Vermögens dem Vater resp. der Mutter, mit Zuziehung der Assistenten in der Vormundschaft eingeräumt wird, so weit ersichtlich, niemals im Gebiete des Land- und Marschrechts Anwendung gefunden, vielmehr wird daselbst seit jeher solches Vermögen, soweit nicht der Testator, oder Donator eine andere Anordnung getroffen hat, in der Regel der Verwaltung besonders bestallter Vormünder übergeben, — eine Gewohnheit, die aller Wahrscheinlichkeit mit dem den Kindern zustehenden Nießbrauch zusammenhängt, und, ihrer Entstehung nach, auf das dabei versirende Interesse der Kinder zurück zu führen sein wird.

Anhang.

1. Extract aus dem Reglement, „betreffend die Concurrenz der Land- oder Kirchspielschreiber, wie auch der Kirchspielvoigte in den Cremper- und Wilster-Marschen, zu den daselbst vorfallenden Inventir- und Theilungen," d. d. Christiansburg, den 19. November 1753.

— — — — — — — — — — — — —

— — — — — — — — — — — — —

— — — — — — — — — — — — —

§ 4.

Wenn Unmündige, Blödsinnige, oder Abwesende, deren Aufenthalt nicht bekannt ist, und die keinen Gevollmächtigten hinterlassen haben, sie mögen unter dem Amte Steinburg gehören, oder außerhalb des Amtes gesessen sein, bei einem Nachlaß als Erben interessirt sind, und nach dem Erblasser oder der Erblasserin kein Ehegatte vorhanden ist, hat, der bisherigen Verfassung gemäß, der Land- oder Kirchspielschreiber mit Ausschließung des Kirchspielvogts *) und seiner Holsten (welche auch zu der jenem obliegenden

*) Diese Ausschließung des Kirchspielvogts von der Theilnahme an den Inventirungen und Theilungen wurde durch das in der chr. S. der V. O. abgedruckte Patent vom 23. Juli 1770 aufgehoben; die Gegenwart von Holsten bei diesen Verrichtungen wurde aber gänzlich abgeschafft.

jährlichen Aufnahme der Tutel- und Curatel-Rechnungen nicht concurriren) die Inventir- und Theilungen zu verrichten. Ist hingegen ein nachlebender Ehegatte da, so wird, wenn sich der Fall ereignet, da mit demselben, der vor dem defuncto hinterlassenen Güter wegen, denen Rechten und der Vormünder-Ordnung zufolge, Richtigkeit getroffen werden muß, von ihm selbst ein Inventarium herausgegeben, von dem Landschreiber aber, und zwar wiederum ohne Zuziehung des Kirchspielvogts, solches auf gestempeltem Papier ausgefertigt, und die Bestärkung desselben durch des nachlebenden Ehegatten eidliche Unterschrift besorgt, und darauf, nach Unterschied der Fälle, die Aussage, oder Ausweisung regulirt, oder eine ordentliche Erbtheilung vorgenommen; wobei Wir die bisherige Marschgewohnheit, nach welcher den zur anderen Ehe schreitenden Müttern sowohl, als den Vätern das Recht der Ausweisung zusteht, wohlbedächtlich bestätigen, und den 7. Paragraphen gedachter Vormünder-Ordnung dahin ausdrücklich declariren —

§ 5.

Um dem wider Unsere Absicht laufenden irrigen Wahn, ob dürften die Land- und Kirchspielschreiber dergleichen ihnen privative competirende Inventir- und Abtheilungen als bloße Actuarii nur so protocolliren und niederschreiben, wie man es ihnen an die Hand gegeben, zu begegnen, wollen Wir denselben hiedurch ausdrücklich anbefohlen haben, bei solcher einseitigen Vornehmung der Inventir- und Theilungen das Beste der Unmündigen, Blödsinnigen und Abwesenden sorgfältigst wahrzunehmen, und den ganzen Actum, zufolge der etwa vorhandenen testamentlichen Verordnung, wie auch der Landesordnungen und Gesetze und der wohlhergebrachten Marsch-Gebräuche, ihren Eiden und Pflichten nach, dermaßen gewissenhaft zu verrichten, wie sie es vor Gott, der Obrigkeit und den Interessenten zu verantworten sich getrauen. Jedoch verstehet sich von selbsten, daß, wann bei einer solchen Erbschaftstheilung über diesen oder jenen Passum unter den Erben eine Differenz entstünde, die von dem Land- oder Kirchspielschreiber in Güte nicht

geschlichtet werden könnte, er sodann sich keiner richterlichen Entscheidung des streitigen Punkts anzumaaßen, sondern solchen an die ordentlichen Gerichte zu verweisen hätte, als welches auch sogar in Ansehung derjenigen Erbtheilungen zu beobachten ist, zu deren Berichtigung Vogt und Holsten (v. Anm. ad § 4) mit dem Land- oder Kirchspielschreiber concurriren. —

II. Rescript an die Holsteinische Regierung zu Glückstadt, vom 1. April 1777.

Christian der Siebente rc. Wir haben vernommen, welchergestalt zwischen den Hauptleuten und Kirchspielvögten in der Wilstermarsch über die Frage Irrungen entstanden, ob nach dem 4. Paragraphen des Reglements vom 19. November 1753, betreffend die Concurrenz der Kirchspielvögte zu den Inventirungen, auch den Stiefeltern das beneficium eines zu edirenden eidlichen Inventarii zu Gute komme? und wie Unsere Holsteinische Regierung dadurch veranlasset worden, sich desfalls Unsere Declaration zu erbitten.

Wie es nun Unser Wille ist, daß der im § 4 des gedachten Reglements gebrauchte Ausdruck von Ehegatten nicht nur von nachlebenden leiblichen Eltern, sondern auch von Stiefeltern, die sich wegen der Gemeinschaft der Güter im Mitbesitz der Verlassenschaft befinden, verstanden, folglich auch den Stiefeltern die gesetzliche Wohlthat, das zu edirende und nachmals durch ihre eidliche Unterschrift zu bestärkende Inventarium selbst zu verfertigen *), zu gute kommen, ohne daß solches jedoch die ihnen, da sie mit dem Rechte der Ausweisung nicht versehen, obliegende Verbindlichkeit in Absicht der ordentlichen Erbtheilung mit ihren Stiefkindern, aufheben oder ändern solle; so gesinnen Wir an Ew. Lbd. gnädigst und befehlen euch allergnädigst, darnach die entstandenen

*) Diese Bestimmung hat in der Cremper Marsch nicht Eingang gefunden, und wird daher in Fällen der angegebenen Art daselbst allemal eine gerichtliche Inventirung vorgenommen, ohne daß darüber jemals Differenzen entstanden sind.

Irrungen zu entscheiden und sonst das Nöthige bekannt zu machen und zu verfügen.

III. Extracte aus verschiedenen in der Cremper Marschlandschreiberei errichteten und vollzogenen Ausweisungs- und Abtheilungscontracten.

1. aus dem Jahre 1738:

„Zu wissen sei hiermit rc., daß eine zu Recht beständige Ausweisung und Abtheilung getroffen, geschehen und vollzogen worden unter und zwischen der viel Ehr- und Tugendsamen Frau Gesche Martens rc.

Einhalts Inventarii weiset aus und theilet ab beregte Gesche Martens an ihre mit ihrem sel. Manne erzeugte Tochter Gesche Martens an Gelde 4600 ℔ u. s. w.“

2. aus dem Jahre 1739:

„Jedermänniglich sei hiermit rc. zu wissen, daß Anno 1739 d. 14. Augusti eine freundliche und unwiderrufliche Abtheilung und Ausweisung getroffen und vollenzogen worden, unter und zwischen Greta Hahnen zu Ivenfleth rc. folgendergestalt und also, nemblich:

Es theilet ab und weiset aus gemeldte Greta Hahnen c. cur. const. an baarem Gelde 100 ℔ rc. — Was die ausgewiesenen Gelder betrifft, so gehet eines jeden Capital, wenn es sein 16. Jahr erreichet, in den nächst darauf folgenden Pfingstgeldestagen à 4 % pro anno mit einer ½ jährigen Loskündigung unter Rente rc.“

3. aus dem Jahre 1741:

„Jedermänniglich sei hiermit zu wissen, daß Anno 1741 d. 8. Juli ein freundl. und unwiderruflicher Handel — Abtheil- und Ausweisung getroffen und vollenzogen worden zwischen Jürgen Schröder auf Hohenfelde rc. follgender Gestalt und also: Nemblich, Es theilet ab und weiset aus gemellter Jürgen Schröder für sich und seine Erben gedachtem seinem Kinde und dessen Vormündern seiner ehl. Mutter Verlassenschaft halber, eines für alles 1600 ℔ C. rc. Nach geendigten Föhdel-Jahren werden die 1600 ℔

mit Vier % jährlich verrentet, die Aufsage stehet jedem Theil frei, nach Land- und Marschrecht zu thun &c."

4. aus demselben Jahre:

"Zu wissen sei hiermit, daß Anno 1741 d. 31. Mai zwischen seel. Baltzer Hessen zu Bullendorf nachgelassener Wittwe, Maria Hessen, c. cur. &c. nachfolgende Abtheilung-Certe beliebt und vollenzogen worden, nemblich:

Es verspricht gedachte Maria Hessen c. e. ihren besagten 3 Stiefkindern anstatt der väterlichen Erbportion, jedem 50 ℳ oder zusammen 150 ℳ lüb. an ihre mitgedachten Vormünder auf Pfingsten des nächstkünftigen 1742sten Jahres mit eines Jahres Zinsen à 4 % bahr zu bezahlen und über dem noch ihres seel. Vaters Kleider &c. anitzo sogleich zuzustellen und mit abzutheilen."

5. aus dem Jahre 1742:

"Zu wissen sei hiermit jedermänniglich, daß Anno 1742 d. 23. Novembris zwischen des seel. Harmen Jarrens zu Süderau hinterlassener Wittwe Gretje Jarrens c. cur &c. nachfolgende rat. väterlicher Verlassenschaft erforderliche Erb-Abtheilung und Alimentations-Ausweisung beliebet und verabredet worden, nemblich:

Es verspricht gedachte Gretje Jarrens c. c. ihren mitgedachten 5 Kindern die ihnen beikommende väterliche Erbportionen Einhalts Inventarii mit 400 ℳ, als jedem Kinde 80 ℳ lüb. bahr abzutheilen, und zwar der gestalt, daß derselben besagte constituirte Vormünder sothane 400 ℳ in den Pfingstgeldestagen des vorstehenden von Gott zu erwartenden 1743sten Jahres mit ½ Jahrs Zinsen à 4 % zur behörigen Verwaltung richtig und wohl zu empfangen haben sollen &c."

6. aus demselben Jahre:

"Jedermänniglich sei hiermit zu wissen, daß Anno 1743 den 25. September unter und zwischen Heinr. Ahrens &c. nachfolgende zu Recht beständige Ausweis- und Abtheilung wegen mütterlicher Verlassenschaft getroffen, nemblich:

Es verspricht der Vater Hinr. Ahrens seinem Sohne Willm Ahrens sub tut., wenn er sein 15 Jahr zurückgeleget hat, 18 ℔ an baarem Gelde, wie auch eine neue Lade herauszugeben ꝛc.“

7. aus dem Jahre 1743:

„Zu wissen sei hiermit Jedermänniglich, daß Anno 1741 den 26. October zwischen der Ehr- und Tugendsahmen Catharina Voßen in Greyenkop c. c. ꝛc. nachfolgende Ausweis- und Abtheilung beliebet und vollenzogen worden, nemblich:

Es verspricht gedachte Catharina Voßen c. cur. ihrem mitgedachten Sohne Claus Voß c. tut., rat. väterl. Verlassenschaft, baar herauszugeben und abzutheilen:

1. an Capital 5000 ℔ lüb., welche Gelder, wenn der Sohn sein 15. Jahr würklich erreichet und zurückgeleget hat, von denen darauf folgenden Geldestagen anzurechnen à 4 % unter Rente gehen sollen, und bleibet dieserwegen beiden Theilen die landübliche halbjährige Loskündigung vorbehalten ꝛc.“

8. aus demselben Jahre:

„Jedermänniglich sei hiedurch kund und zu wissen, daß Anno 1743 d. 7. April unter und zwischen des sehl. Joh. Garven aus Borsfleth hinterlassener Wittwe, Antje Garven c. c. ꝛc. folgende zu Recht beständige und beliebte Ausweis- und Abtheilung rat. väterl. Verlassenschaft errichtet und vollenzogen worden:

Es verspricht gedachte Antje Garven c. c. diesen ihren 3 Kindern, sub tut., und zwar einem jeden 25 ℔, also zusammen 75 ℔ lüb., an baarem Gelde herauszuzahlen und abzutheilen, welche auf diesem Erbe mit einer, beiden Theilen reservirten ½ jährigen Loskündigung bestehen bleiben und nach Zurücklegung der Föhdeljahre à 4 % unter Rente gehen ꝛc.“

9. aus dem Jahre 1744:

„Jedermänniglich sei hiermit kund und zu wissen, daß heute dato, d. 5. Juni 1744, unter und zwischen des

seel. Jacob Graverts zu Borsfleth nachgelassener Wittwe, Anna Graverts c. c. ꝛc. wegen väterlichen Nachlasses folgende zu Recht beständige und unwiderrufliche Ausweisung beliebet, errichtet und vollenzogen worden:

Es verspricht obbesagte Anna Graverts c. c. diesen ihren gedachten 3 Söhnen, sub. tut., wegen väterlicher Verlassenschaft in baarem Gelde 3459 ℔ abzutheilen und abzusagen, welche mit einer beiden Theilen reservirten halbjährigen landüblichen Loskündigung bei der Mutter oder künftigen Erbes-Besitzern bestehen bleiben ꝛc."

10. aus dem Jahre 1745:

„Jedermänniglich sei hiermit kund und zu wissen, daß heute dato d. 1. Aug. 1745 unter und zwischen Marx Lohmann aus Neuenbrock ꝛc., rat. mütterlicher Verlassenschaft, nachstehende Ausweisung beliebet und vollenzogen worden:

Es verspricht gedachter Marx Lohmann, diesem seinem Sohne, sub tut., an baarem Gelde 50 ℔ auszuweisen und abzutheilen, welche bei dem Vater mit einer beiden Theilen freistehenden landüblichen halbjährigen Loskündigung bestehen bleiben ꝛc."

11. aus dem Jahre 1746:

„Jedermänniglich sei hiermit kund und zu wissen, daß heute dato d. 12. Aug. 1746 zwischen des seel. Jacob Vahlert bei der Neuenbroker Kirche hinterlassener Wittwe, Wolber Vahlert, c. curatoribus, Marx Splieth und Marx Hahn an einem, und sodann derselben mit ihrem gedachten seel. Ehemann erzeugten 3 Kindern cum tutoribus, Hinr. Schippmann, Hinr. Willde, Hinr. Schwartkopp und Hinr. Nagel, am anderen Theile, nachstehende ratione väterlicher Verlassenschaft erforderliche Ausweisungs- und Alimentations-Certe beliebet, errichtet und vollenzogen worden, nemblich:

Es verspricht gedachte Wolber Vahlerts cum curatoribus:

1. diesen ihren obbesagten 3 Kindern an baarem Gelde 1158 ℔ 2 ß 9 ₰ auszuweisen und herauszugeben, welche Gelder, wenn die Kinder ihr 16. Jahr völlig

erreichet, à 4 % unter die Rente gehen; es bleibt beiden Theilen, wenn die Föhdel-Jahre zurückgelegt, die landübliche halbjährliche Kündigung vorbehalten ꝛc."

12. aus dem Jahre 1747:

„Zu wissen sei hiermit, daß zwischen Steffen Bauß im Königsmoor ꝛc. nachfolgende Alimentations- und Erb-Ausweisung beliebet, und errichtet worden, nemblich:

Es verspricht gedachter Steffen Bauß seinem mitgedachten Sohne, sub tut., wegen desselben seel. Mutter Verlassenschaft, nachbenanntes auszuweisen und abzutheilen, und zwar:

3. demselben zur Erbportion: an Capital 200 ℳ lüb. Cour. abzutheilen, und solche nach Ablauf der Föhdelzeit mit 4 % jährlich zu verzinsen, sodann auch solche 200 ℳ nach einer halbjährigen Loskündigung gehörig auszuzahlen."

Zusätze und Berichtigungen.

A. Zur Abtheilung I.

ad pag. 16, No. 6. Das Land- und Marschrecht gilt auch in dem (aus Versehen hier nicht mit aufgeführten) adelichen Marschgute Neuendorf nebst dem zu dessen Jurisdiction gehörenden, an der Elmshorn-Itzehoer Chaussee belegenen Geestdistricte Hellhof. Dieser kleine, aus 2 Höfen und einigen wüsten Kathstellen bestehende Vogteidistrict, welcher dreien Kirchspielen, nämlich Hohenfelde, Horst und Süderau, angehört, war in früheren Zeiten eine Pertinenz der Herrschaft Breitenburg und wird die Anwendung des Land- und Marschrechts in dieser früheren Verbindung ihren Grund haben.

Daß in älterer Zeit und noch im 17. Jahrhundert das Land- und Marschrecht ebenfalls in den Gütern Haseldorf und Haselau gegolten hat, dürfte sich daraus ergeben, daß, wie in der in

Falcks Sammlung zur näheren Kunde des Vaterlandes Bd. II. p. 397 ꝛc.

abgedruckten „Nachricht von des Steinburgischen Amts Beschaffenheit, wie sie Anno 1687 von des Herrn Amtmanns Hochgräfl. Excellenz eingesandt“ angeführt wird, damals von diesen Gütern an das Cremper-Marsch-Göding appellirt wurde.

Vergl. auch S. H. Anz. pro 1837, p. 53.

pag. 60, Zeile 5 v. oben ist statt: erstreckte, zu lesen: erstreckt.
" 64, " 14 v. unten statt: zugelassen, ist zu lesen: zuzulassen.

B. Zur Abtheilung II.

pag. 95, Zeile 11 v. o. st.: den, lies: der.
„ „ „ 8 v. u. st.: dem Rechte, l.: dem Rechte nach.
„ 102, „ 4 v. o. st.: juristischem, l.: juristischen.
„ 111, „ 5 v. o. st.: bestallten, l.: bestellten.
„ 112, „ 6 v. u. st.: Erwerb, l.: Verderb.
„ 115, „ 8 v. o. st.. vererbten, l.: ererbten.
„ 127, „ 12 v. o. st.: Kindes, l.: Kinder.
„ 146, „ 5 v. u. st.: zu Gunsten der Zusetzung, l.: zu Gunsten der Ausdehnung der Zusetzung.
„ 155, „ 8 v. u. st.: Kider, l. Kinder.
„ 161, „ 13 v. o. st.: Führungsjahre, l.: Föhdungsjahre.
„ 167, „ 12 v. o. st.: adventia, l.: adventitia.
„ 172, „ 10 v. u. st.: Vermögens, l.: Vermögen.